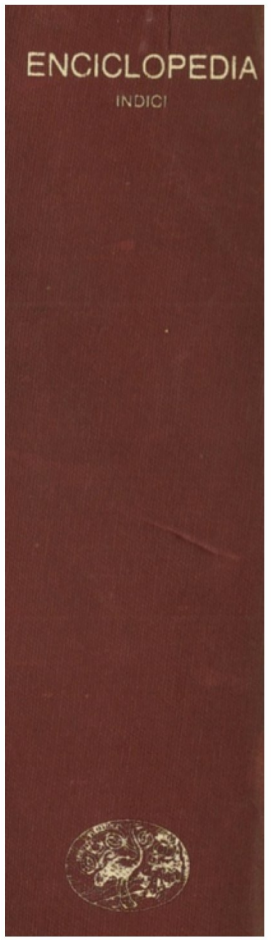


ENCICLOPEDIA EINAUDI [1982]

GIUSTIZIA

Salvatore Veca - **GIUSTIZIA** pag.4

Giuseppe Papagno - **CONSUETUDINE** pag.7
Franco Cordero - **DIRITTO** pag.22
José Gil - **GIUSTIZIA** pag.77
Giuseppe Papagno - **ISTITUZIONI** pag.98
José Gil - **RESPONSABILITÁ** pag.117

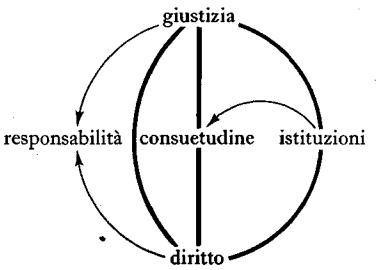
	anthropos	argomentazione	arti	calcolo	capitale	cervello	civiltà	classi	cognizione	combinatoria	comunicazione	concetto	conoscenza	corpo	creatività	cultura mat.
consuetudine	·	·	2	·	2	·	·	3	·	·	·	·	·	2	·	2
diritto	5	2	3	·	6	·	5	6	·	·	2	·	6	·	·	4
giustizia	3	5	3	·	5	3	2	4	·	1	·	·	3	3	·	·
istituzioni	5	4	5	·	7	5	2	7	·	·	·	3	5	6	2	2
responsabilità	·	3	·	·	5	·	3	3	·	·	4	·	·	·	·	·

	memoria	metodo	modo di produz.	mythos/logos	natura	normale/anormale	orale/scritto	organico/inorgan.	organismo	parentela	politica	probabilità	produzione/distrib.	regione	religione	rito
consuetudine	·	·	·	·	2	·	·	·	·	3	·	·	5	4	2	2
diritto	5	·	7	5	1	5	2	·	·	7	8	·	5	6	6	4
giustizia	·	·	2	3	3	4	·	·	·	4	3	2	5	·	4	3
istituzioni	5	·	5	2	4	6	4	·	·	7	7	3	6	7	7	5
responsabilità	·	·	·	·	3	3	·	·	·	2	2	·	4	4	4	2

	giustizia	diritto	consuetudine	istituzioni	responsabilità
giustizia	·	5	3	2	4
diritto	6	·	6	5	5
consuetudine	5	5	·	·	·
istituzioni	5	4	1	·	·
responsabilità	·	·	·	·	·

	dialettica	domesticam.	eccedente	enunciazione	eredità	esoterico/essoter.	evoluzione	filosofia/filosofie	fisica	generazioni	geometria e topol.	giustizia	guerra	homo	inconscio	letteratura	linguaggio	locale/globale	logica	macchina	materia
consuetudine	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·	6	·	·	·	·	·	·	·	·	·
diritto	4	·	4	3	2	3	·	6	·	4	·	8	6	3	5	·	3	·	·	·	·
giustizia	2	·	·	·	·	·	·	5	·	1	·	6	4	·	·	·	·	·	·	·	·
istituzioni	3	2	6	·	·	2	·	6	·	5	·	6	5	4	5	6	4	·	·	·	·
responsabilità	·	·	·	4	·	2	·	5	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·

	sacro/profano	segno	sistema	società	soma/psiche	spiegazione	stato	storia	strutture matem.	sviluppo/sottosvil.	tempo/temporalità	teoria/modello	testo	tolleranza/intoll.	tonale/atonale	tradizioni	universo	uomo	visione	vita/morte
consuetudine	·	4	·	3	·	2	5	·	1	·	·	·	·	·	·	5	·	·	·	·
diritto	6	4	2	6	4	5	9	6	·	2	4	2	2	8	·	5	·	6	1	2
giustizia	4	·	2	5	4	3	6	6	·	·	·	·	·	4	·	4	·	6	2	·
istituzioni	4	6	5	8	4	7	8	6	·	2	6	3	3	4	·	6	·	6	4	3
responsabilità	2	·	2	4	2	6	4	·	·	2	·	·	·	·	·	·	·	·	·	·



Giustizia

ambiguità
competenza/esecuzione
fonetica
grammatica
lessico
lingua
lingua/parola
linguaggio
metrica
semantica
senso/significato
traduzione
universali/particolari

concetto
esistenza
essere
fenomeno
forma
idea
proposizione e giudizio

analogia e metafora
argomentazione
interpretazione

astratto/concreto
dialettica
identità/differenza
mediazione
opposizione/contraddizione
qualità/quantità
totalità
uno/molti

atti linguistici
dicibile/indicibile
enunciazione
presupposizione e allusione
referente

comunicazione
errore
informazione

decisione
distribuzione statistica
giochi
induzione statistica
probabilità
rappresentazione statistica
teoria/pratica

dato
etica
filosofia/filosofie
ragione
razionale/irrazionale
soggetto/oggetto
uguaglianza
valori
vero/falso
volontà

catastrofi
ciclo
evento
periodizzazione
tempo/temporalità

antico/moderno
calendario
decadenza
escatologia
età mitiche
genesi
passato/presente
progresso/reazione
storia

caos/cosmo
infinito
macrocosmo/microcosmo
mondo
natura
osservazione
reale
unità

curve e superfici
geometria e topologia
invariante

alchimia
astrologia
cabala
elementi
esoterico/essoterico

atlante
collezione
documento/monumento
fossile
memoria
rovina/restauro

armi
frontiera
guerra
imperi
nazione
tattica/strategia

deduzione/prova
equivalenza
formalizzazione
logica
possibilità/necessità
referenza/verità
ricorsività

differenziale
funzioni
infinitesimale
locale/globale
sistemi di riferimento
stabilità/instabilità
variazione

analisi/sintesi
anticipazione
ipotesi
matematiche
metodo

funzione
misura
modello
struttura
teoria/modello

alienazione
coscienza/autocoscienza
immaginazione sociale
pace
servo/signore
uomo
utopia

demagogia
discriminazione
repressione
terrore
tolleranza/intolleranza
tortura
violenza

centrato/acentrato
combinatoria
grafo
labirinto
rete

applicazioni
assioma/postulato
continuo/discreto
dipendenza/indipendenza
divisibilità
dualità
insieme
razionale/algebrico/trascendente
simmetria
strutture matematiche
trasformazioni naturali / categorie

caso/probabilità
causa/effetto
certezza/dubbio
coerenza
convenzione
determinato/indeterminato
empiria/esperienza
esperimento
legge
libertà/necessità
metafisica
naturale/artificiale
operatività
paradigma
previsione e possibilità
riduzione
ripetizione
scienza
spiegazione
verificabilità/falsificabilità

abaco
algoritmo
approssimazione
calcolo
numero
zero

categorie/categorizzazione
conoscenza
coppie filosofiche
disciplina/discipline
enciclopedia
innovazione/scoperta
insegnamento
invenzione
rappresentazione
ricerca
sistematica e classificazione

controllo/retroazione
energia
equilibrio/squilibrio
interazione
ordine/disordine
organizzazione
semplice/complesso
sistema
soglia
vincolo

analogico/digitale
automa
intelligenza artificiale
macchina
programma
simulazione
strumento

cervello
comportamento
e condizionamento
controllo sociale
emozione/motivazione
mente

apprendimento
autoregolazione/equilibrazione
cognizione
induzione/deduzione
innato/acquisito
istinto
operazioni
percezione
quoziente intellettuale

astronomia
cosmologie
gravitazione
luce
materia
spazio-tempo

atomo e molecola
conservazione/invarianza
entropia
fisica
forza/campo
moto
particella
plasma
propagazione
quanti
relatività

atmosfera
litosfera
oceani
pianeti
sole
universo

reversibilità/irreversibilità
stato fisico

adattamento
evoluzione
mutazione/selezione
polimorfismo
specie

cellula
differenziamento
immunità
individualità biologica
integrazione
invecchiamento
organismo
regolazione
sviluppo e morfogenesi

catalisi
macromolecole
metabolismo
omeostasi
organico/inorganico
osmosi
vita

eredità
gene
genotipo/fenotipo
razza
sangue

allegoria
codice
immagine
metafora
segno
significato
simbolo

avanguardia
classico
critica
filologia
letteratura
maniera
poetica
retorica

bello/brutto
creatività
espressione
fantastico
gusto
imitazione
immaginazione
progetto
riproduzione/riproducibilità
sensibilità
spazialità

alfabeto
ascolto
gesto
lettura
luogo comune
orale/scritto
parola
ritmo
scrittura
voce

discorso
finzione
generi
narrazione/narratività
stile
tema/motivo
testo

anthropos
cultura/culture
etnocentrismi
natura/cultura

arti
artigianato
artista
attribuzione
oggetto
produzione artistica

acculturazione
civiltà
futuro
selvaggio/barbaro/civilizzato

armonia
melodia
ritmica/metrica
scala
suono/rumore
tonale/atonale

colore
disegno/progetto
visione

escrementi
fertilità
nascita
sensi
sessualità
vecchiaia
vita/morte

abbigliamento
canto
corpo
danza
maschera
moda
ornamento
scena

educazione
generazioni
infanzia
morte

coltivazione
cultura materiale
industria rurale
materiali
prodotti

amore
desiderio
eros
isteria
pulsione
soma/psiche
sonno/sogno

credenze
dialetto
enigma
fiaba
mostro
popolare
proverbi
tradizioni

angoscia/colpa
castrazione e complesso
censura
identificazione e transfert
inconscio
nevrosi/psicosi
piacere

clinica
cura/normalizzazione
esclusione/integrazione
farmaco/droga
follia/delirio
medicina/medicalizzazione
normale/anormale
salute/malattia
sintomo/diagnosi

fuoco
homo
mano/manufatto
tecnica
utensile

cannibalismo
dei
divino
eroi
iniziazione
magia
messia
millennio
persona
puro/impuro
religione
sogno/visione
stregoneria

demoni
divinazione
mito/rito
mythos/logos
origini

agonismo
cerimoniale
festa
feticcio
gioco
lutto
regalità
rito

alimentazione
animale
cucina
domesticamento
fame
vegetale

ateo
chierico/laico
chiesa
diavolo
eresia
libertino
libro
peccato
sacro/profano
santità

casta
donna
endogamia/esogamia
famiglia
incesto
maschile/femminile
matrimonio
parentela
totem
uomo/donna

caccia/raccolta
dono
eccedente
pastorizia
primitivo

borghesi/borghesia
burocrazia
classi
contadini
ideologia
masse
proletariato
rivoluzione

economia
formazione economico-sociale
lavoro
modo di produzione
proprietà
riproduzione
transizione

reciprocità/ridistribuzione

consenso/dissenso
egemonia/dittatura
intellettuali
libertà
maggioranza/minoranza
partiti
politica

abbondanza/scarsità
bisogno
consumo
imposta
lusso
oro e argento
pesi e misure
produzione/distribuzione
ricchezza
scambio
spreco

amministrazione
comunità
conflitto
élite
gergo
gruppo
marginalità
opinione
povertà
propaganda
ruolo/status
socializzazione
società
spazio sociale

accumulazione
capitale
crisi
distribuzione
fabbrica
gestione
imperialismo
impresa
mercato
merce
moneta
pianificazione
profitto
rendita
salario
utilità
valore/plusvalore

consuetudine
diritto
giustizia
istituzioni
responsabilità

costituzione
democrazia/dittatura
norma
patto
potere
potere/autorità
pubblico/privato
società civile
stato

abitazione
acqua
ambiente
città
clima
ecumene
insediamento
migrazione
paesaggio
popolazione
regione
risorse
suolo
terra
territorio
villaggio

agricoltura
città/campagna
colonie
commercio
industria
spazio economico
sviluppo/sottosviluppo

Giustizia

Consuetudine, Diritto, Giustizia, Istituzioni, Responsabilità

1. Vi sono almeno due modi principali per affrontare il ricorrente problema della ◆giustizia◆. Essi dipendono da due modi alternativi di concettualizzare la società. Storicamente, le due versioni si distribuiscono nel tempo in fasi alterne configurando uno spazio permanente di tensione e conflitto o una sorta di controversia interminabile, come spesso accade alle nostre rivali interpretazioni del mondo. Concettualmente, l'opposizione riguarda quello che si potrebbe definire un approccio olistico e quello che si potrebbe corrispondentemente definire un approccio individualistico alla società. Una ulteriore definizione potrebbe contrapporre uno schema della società in termini di fatti sociali e leggi a uno in termini di azione sociale e regole.

Nel primo caso (approccio olistico in termini di fatti sociali e leggi) la giustizia di una società è considerata, per dir cosí, assumendo la società come un tutto, indipendentemente dalla valutazione degli individui che la compongono. Nel secondo (approccio individualistico in termini di azione sociale e regole) la giustizia di una società è considerata in modo dipendente e coerente con la valutazione degli individui che la compongono. In realtà, varia l'oggetto stesso che viene definito giusto. Nel primo caso, infatti, la giustizia di una società riguarda l'appropriata distribuzione di funzioni, oneri e benefici tra gli individui dal punto di vista dell'insieme; si sostiene anche che tale insieme o «somma» sia qualcosa di piú e comunque di diverso dalla semplice aggregazione degli individui. Nel secondo caso la società è giusta in quanto risultino giustificabili per gli individui i principî che modellano le loro interazioni o l'insieme pubblico dei loro trattamenti reciproci.

È facile vedere come l'approccio olistico tenda a concettualizzare la società come un organismo o un sistema, di cui è possibile definire o scoprire o descrivere positivamente le uniformità di comportamento come leggi (simili a leggi di natura). Da parte sua, l'approccio individualistico pone l'accento sulla radicale differenza tra leggi e regole, identificando nella conformità di individui a queste ultime la ragione – l'unica ammissibile – di uniformità. Si osservi che è in gioco anche una differente nozione di ragione: nel caso delle leggi di natura, si è infatti interessati alla causalità; nel caso delle regole, alla motivazione e all'intenzionalità. Questa differenza risulta difficilmente sottovalutabile, anche se qui viene presentata in modo molto marcato per amore di contrasto e non manca naturalmente la possibilità di ridurre in modo epistemologicamente piú avvertito la distanza tra formulazioni relative a leggi e formulazioni relative a regole.

Una stretta identificazione delle regole con leggi è propria, ad esempio, di gran parte delle credenze nella legittimità tradizionale di ordinamenti e di disegni di istituzioni. Un semplice ragionamento può essere in proposito il seguente: le leggi di natura hanno la caratteristica della inviolabilità. Esse, per dir cosí, in-

carnano un ordine che appartiene al campo della necessità: gli uomini non trovano interessante l'idea o il progetto di trasgredire leggi di natura. Come si sa, la natura *non vincitur nisi parendo*. Ora, gli uomini in società si conformano nei loro comportamenti a leggi (ciò non ha nulla a che vedere con gli ovvi vincoli per l'azione). Queste ultime sono ritenute possedere una inviolabilità pari a quella riconosciuta alle leggi di natura. È chiaro come la credenza nella legittimità tradizionale (propria di una complessa famiglia di credenze in società premoderne) è prevalentemente associata alla rappresentazione religiosa dell'ordine simbolico della società. Vale la pena, forse, di osservare in proposito di sfuggita quanto sia ampio, vario e complesso l'universo dei discorsi sulla «giustificazione» della conformità a regole nelle società umane: come se il potere avesse una ineliminabile necessità di generare discorsi. A differenza che nelle società di interesse etologico, le società degli animali umani sembrano non poter fare a meno di una produzione di discorsi sul potere. L'ingrediente della giustificazione è strategico e le società umane impegnano risorse culturali e simboliche a questo scopo. Le piú «semplici» società di interesse antropologico presentano infatti lo spettacolo ubiquo della produzione di discorsi e di giustificazioni della conformità a regole. La giustificazione ha a che vedere, in ultima istanza, con qualcosa che si può chiamare l'esito del funzionamento complessivo di istituzioni per individui e gruppi. Se si interpretano le ◆istituzioni◆ come insiemi o fasci di regole permanenti nel tempo, è chiaro che il loro funzionamento, la loro presenza e il loro disegno generano un insieme di effetti sui piani di vita e sulle aspettative degli individui.

Il problema della ◆giustizia◆ di una società si riformula quindi piú precisamente come il problema della giustificazione (o meno) di un determinato disegno delle sue istituzioni fondamentali. Ora, l'interpretazione del disegno delle istituzioni «giusto» perché conforme a leggi (di dio, della natura, dell'etnia, degli antenati, ecc.) corrisponde a un caso previsto dell'approccio alla società come un tutto. Conviene quindi considerare come stanno le cose, se si esamina il caso alternativo, proprio dell'approccio individualistico.

Come giustificare un determinato disegno delle ◆istituzioni◆, se esso non corrisponde a un disegno di dio, né a una legge di natura, né si può presentare insignito della «sacertà» del tempo della tradizione, cosí simile in ciò all'inerzia della consuetudine? Ci si trova qui di fronte a qualcosa come il passaggio dalla legittimità tradizionale a quella razionale, per impiegare i classici termini della sociologia del potere di Max Weber. Il ragionamento in proposito si può presentare cosí: gli uomini sono animali che adottano regole (che potrebbero non adottare) e vi si conformano, a certe condizioni. Mentre essi non possono violare le leggi di natura, possono trasgredire le regole. L'uomo, come sapeva Rousseau, è un animale che sbaglia. È difficile d'altra parte pensare degli anarchici prima di Thomas Hobbes. Non vi è alcuna ragione per conformarsi a regole se non il fatto che le si è pattuite (o che le si sarebbero potute pattuire). È chiaro che in questo caso la giustizia (giustificazione) di un disegno delle istituzioni dipende dalle scelte (valutazioni) degli individui. Sarebbe come minimo singolare una società che qualcuno proclamasse giusta, senza che nessuno degli individui che vi abitano la riconoscesse come tale. Non è necessario infatti conoscere la legge di gravità

per conformarsi a essa; ma è necessario conoscere la regola (anche se si tratta di conoscenza tacita) per conformarsi a essa.

Il problema della ♦giustizia♦ di un disegno delle ♦istituzioni♦ sociali si presenta in tal modo come il problema di una piú generale teoria della scelta razionale (nel caso che qui interessa, si tratta delle scelte di individui). Ma perché ciò abbia senso o anche solo rilevanza, occorre presupporre non soltanto che abbiano luogo scelte, ma anche ovviamente che vi sia qualcuno che sceglie. Com'è noto, si tratta qui di quella secolarizzazione del classico dilemma religioso legato ai temi ricorrenti della libertà e della necessità, della volontà, del servo o libero arbitrio con cui si consolida, nella modernizzazione europea, la nozione di individuo o agente o persona. La grande macchina del diritto moderno guadagna, tra l'altro, in tal modo la sua definizione di soggetto, di attore cui è imputabile una ♦responsabilità♦.

2. ♦Diritto♦, ♦consuetudine♦ e morale si spartiscono il campo nella generazione di regole per l'agire collettivo, per la condotta di individui in società. In diversi modi, questi apparati sociali di disciplinamento e irreggimentazione della condotta sono inevitabilmente associati a imperativi di stabilità o di ordine. In questo senso, è possibile parlare di differenti apparati di controllo sociale. La loro logica profonda è basata sulla virtualità o la minaccia dell'instabilità, sull'annunzio possibile del disordine. Nelle piú diverse civilizzazioni ed epoche, la variabile macchina del diritto con il suo corredo di annunzi di sanzioni e penalità, la legge non scritta della morale, i sistemi taciti di interdizione modellano i confini del possibile e dell'impossibile, rispondendo a un imperativo di equilibrio. La razionalità del diritto moderno consiste in una riduzione dell'incertezza sul corso di azioni possibile e nell'aumento corrispondente di prevedibilità e calcolabilità.

Le indicazioni di Weber sulle caratteristiche del tipo legale-razionale di legittimità fanno pensare alla grande costruzione del normativismo di Kelsen. L'osservazione di processi di instabilità e di collasso di legittimità ha piuttosto suggerito a Carl Schmitt di spostare l'attenzione sui casi «straordinari» (affini a quello proprio della legittimità carismatica weberiana) in cui viene meno la conformità a regole nella condotta e prende corpo l'esigenza della decisione: come dire, per comprendere la natura del diritto, conviene vedere che succede quando esso non funziona, piuttosto che quando funziona. È lo stesso Schmitt, infine, ad avere accostato al tipo normativista e a quello decisionista di pensiero giuridico, il tipo istituzionalista che rimanda alla storia individualizzante dell'ordinamento concreto. Nelle società complesse, l'indebolimento e la corrosione delle etiche tradizionali o, per dirla con Dahrendorf, delle legature ha generato un alone di possibile anomia e una caduta di senso per le opzioni di individui; d'altra parte, il conflitto sociale e la sua proliferazione, le tensioni cui è sottoposto il nucleo di regole base (il patto sociale) hanno enormemente esteso le arene di competenza del diritto. L'idea guida con cui si è costituito lo Stato di diritto moderno, quella di una riduzione dell'area delle norme e, come dire, di un progressivo aumento dell'«anarchia» non ha avuto l'esito corrispondente alle aspettative e ai progetti che la sorreggevano e l'accompagnavano allo stato nascente. Gli Stati estesi e certo meno che minimi di questo secolo conoscono all'inverso una massiccia dilatazione dell'area di competenza giuridica. Si può impressionisticamente suggerire che la moltiplicazione dell'instabilità, associata alla proliferazione del conflitto, abbia generato una serie crescente di «armistizi» o «trattati di pace», corrispondenti a «regolazioni» di ambiti e centri di riferimento inediti. Quanto meno l'azione collettiva è vincolata da un nucleo di regole etiche, tanto maggiore è l'arena da affidare alla regolazione, in senso lato, dell'apparato giuridico. Ma quest'ultimo finisce con il tradire, nella sua permanente rielaborazione, la sua funzione principale: esso sembra diventare, da elemento cardine della riduzione di incertezza, uno degli ingredienti del suo aumento.

Su questo effetto perverso della «complessità», come destino del progetto moderno, mettono l'accento le teorie dei sistemi. Esse implicano la decostruzione di alcune delle nozioni chiave su cui si basa l'approccio individualistico in termini di azione sociale e di regole, perché denunziano la dissoluzione dell'idea stessa di una razionalità dell'attore (o del soggetto) a favore di una razionalità del sistema. In certo senso si può dire che la sfida dell'olismo ricompare oggi, nella sua tensione permanente con l'approccio alternativo, nel linguaggio e nelle assunzioni delle teorie dei sistemi. Queste ultime non costituiscono altro che una variante di quel modo di concettualizzare la società che ha trovato nel secolo XIX la sua piú potente espressione nel naturalismo e nello strutturalismo di Marx e, nel nostro secolo, in modi diversi ha alimentato la grande sintesi funzionalista.

Marxismo, funzionalismo e teorie dei sistemi condividono almeno l'idea di base che le azioni e le scelte degli individui sono modellate e determinate da qualcosa che è piú che individuale. ♦Diritto♦ e ♦istituzioni♦ sono comunque spiegabili nei termini del «tutto» che può via via coincidere con il modo di produzione, con il sistema dei ruoli, con il sistema *tout court*. Né, da questo punto di vista, ha molto senso che si pongano genuini problemi di giustizia. Questo vale, s'intende se con il termine ♦giustizia♦ si vuole indicare la giustificabilità del disegno delle istituzioni o di una situazione sociale o di una configurazione o stato della società per individui razionali (capaci di scegliere). Quest'ultima osservazione consente di prendere in esame una tradizione differente e rivale. Essa consiste in una riabilitazione dello spazio morale pubblico in società modernizzate.

3. La penetrante analisi di Max Weber dei processi di modernizzazione aveva, nei primi anni del nostro secolo, individuato il destino delle società posttradizionali nei termini di una pluralità di etiche che rimpiazzavano il monismo del «bene comune». Weber ha parlato in proposito di un politeismo dei valori o dei fini. Se l'estensione della razionalità allo scopo, all'opera nella struttura della burocrazia, nella macchina statuale e nella crescita della organizzazione di impresa capitalistica, consente una valutazione dell'adeguatezza di mezzi rispetto a fini, la razionalità al valore non consente discussione razionale dei fini. Come nel modello della razionalità della teoria economica neoclassica, si calcolano i mezzi rispetto a fini dati, non si soppesano tra loro fini. Ciascuno sacrifica al suo dio e il politesimo è proprio di un ambiente morale di conflitto e lotta alla fine irriducibile tra fini o valori alternativi.

Weber ha riconosciuto questo stato di cose nella moderna biforcazione fra etica della ♦responsabilità♦ ed etica della convinzione. Società contrassegnate dal politeismo conoscono solo lo scontro fra concezioni del bene rivali. L'argomentazione razionale, la discussione «libera da dominio» o il semplice ragionamento pratico intorno a fini e valori sono mosse precluse. Contrariamente all'approccio olistico alla società in termini di fatti sociali e leggi, l'approccio weberiano riconosce ovviamente uno spazio per l'azione, la razionalità strategica, la scelta e le sue motivazioni e quindi riconosce una rilevanza dell'etica. Vi sono, forti e drammatici, dilemmi etici nel moderno. Ma l'etica si presenta, nella forma della crisi della razionalità classica, come un campo di conflitto tra fini. Non vi è altra uscita coerente se non quella del relativismo etico. Né ha senso, di nuovo, che si pongano genuine questioni di giustizia per la società. Come dire: la fine dell'etica.

È possibile considerare un'altra tradizione che, su piani e con metodi diversi, riconosce anch'essa la rilevanza dello spazio morale pubblico per una società e tuttavia ritiene sia possibile, in vari e distinti modi, argomentare razionalmente – quando non dimostrare – non solo intorno ai mezzi, ma anche intorno ai fini o valori. Questa tradizione è quella del ragionamento pratico come insieme di giustificazioni di scelte che hanno per oggetto il disegno delle istituzioni fondamentali della società. Se, nelle sue varie forme, il ragionamento pratico è intessuto di argomentazioni a favore di scelte e di giustificazioni delle stesse per la condotta, è possibile assumere questo programma e, per dir cosí, estenderlo al caso di scelte pubbliche, che riguardano le regole per individui morali che si pensano in società.

Nelle dottrine utilitariste è questo il caso della valutazione impersonale o imparziale di una situazione sociale; nelle dottrine che in vari modi si rifanno alla teoria morale di Kant, ci si riferisce piuttosto alla condizione di universalizzabilità dei nostri giudizi morali; nelle dottrine contrattualiste della giustizia sociale, infine, si pone l'accento su un principio di equità per la scelta dei principî che modellano il disegno delle istituzioni, i termini base del contratto sociale.

Può darsi, come è stato osservato, che impersonalità, imparzialità, universalizzabilità ed equità – riferite alle condizioni di scelta razionale – non costituiscano altro che versioni sofisticate della venerabile Regola d'oro. Esse soddisfano infatti intuitivamente quei requisiti di reciprocità e simmetria tra le parti che da sempre sono in vari modi associati ai giudizi intuitivi di giustizia delle istituzioni, delle regole, dei principî, delle clausole del patto sociale. Si tratta, in altri termini, di una sorta di nucleo normativo (come potrebbero riconoscere sia Habermas sia Rawls) profondamente incorporato in alcuni termini chiave del «progetto moderno». Può darsi, inoltre, come alcuni sostengono, che questo nucleo normativo del progetto moderno non sia altro che una pallida replica o un residuo dell'ultimo «discorso» possibile o della grande narrazione di un'epoca passata e chiusa, alle nostre spalle. Si dovrebbe in tal caso riconoscere che il nucleo generatore dell'idea di uguaglianza dei moderni si sia inceppato nel suo dinamismo o esaurito e che forse ora il potere non abbia piú bisogno di «discorso».

Si può in ogni caso (o si deve, forse) replicare che se nel silenzio delle età

postmoderne si levasse anche solo una voce, si generasse anche solo un discorso, allora occorrerebbe misurarsi con le sue ragioni. Ciò ha a che vedere, in un senso non banale, con la politica e con i dilemmi ricorrenti fra etica e politica. Ha scritto Weber in un'epoca non remota della nostra storia, in cui si aveva di fronte non «la fioritura dell'estate, bensí per prima cosa una notte polare di fredde tenebre e stenti» che «solo chi è sicuro di non venir meno anche se il mondo, considerato dal suo punto di vista, è troppo stupido o volgare per ciò che egli vuol offrirgli, e di poter ancora dire di fronte a tutto ciò: "Non importa, continuiamo!", solo un uomo siffatto ha la "vocazione" per la politica». [S.V.].

Apel, K. O.
1973 *Transformation der Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. parziale Rosenberg e Sellier, Torino 1977).

Bobbio, N.
1977 *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano.

Habermas, J.
1976 *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. Etas Libri, Milano 1979).

Hare, R. M.
1963 *Freedom and Reason*, Clarendon Press, Oxford (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1971).

Harsanyi, J. C.
1977 *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge University Press, New York.

Hart, H. L. A.
1961 *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford (trad. it. Einaudi, Torino 1965).

Kelsen, H.
1960 *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960[2] (trad. it. Einaudi, Torino 1975[3]).

Perelman, Ch.
1963 *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge and Kegan Paul, London.

Popper, K. R.
1966 *The Open Society and its Enemies. The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx and the Aftermath*, Routledge and Kegan Paul, London 1966[5] (trad. it. Armando, Roma 1974).

Rawls, J.
1971 *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. (trad. it. Feltrinelli, Milano 1982).

Ross, A.
1953 *Om Ret og Retfærdighed. En indförelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt Nordisk Forlag Busk, København (trad. it. Einaudi, Torino 1965[2]).

Schmitt, C.
1934 *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg (trad. it. in *Le categorie del «politico». Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 247-75).

Sen, A. K.
1970 *Collective Choice and Social Welfare*, Holden-Day, San Francisco.

Weber, M.
1919 *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Duncker und Humblot, Berlin (trad. it. Einaudi, Torino 1973[4]).

Consuetudine

1. *I termini del problema.*

Sia nel senso comune, sia in un ambito piú propriamente giuridico, la consuetudine viene quasi sempre considerata in opposizione alla legge scritta e alla norma positiva. Ma, anche se oggi il discorso sulla consuetudine tende a ricadere soprattutto sul terreno giuridico, occorre non perdere di vista che il termine ha coperto uno spettro di significati assai piú ampio. Nella sua massima estensione esso identifica, infatti, tutte quelle società i cui membri conformano tutti i loro comportamenti, di natura morale/religiosa/etica/giuridica, a un complesso di tradizioni per lo piú non scritte, divenute nel tempo regole e modi di azione e conoscenza. Ed è appena il caso di accennare al numero e alla vastità di tali società: buona parte del mondo extraeuropeo si fondava in epoca precoloniale sulle consuetudini, le quali ancor oggi non sono scomparse e vi hanno grande spazio.

Non occorre tuttavia pensare che l'opposizione consuetudine / norma positiva rappresenti una sorta di dicotomia Occidente / resto del mondo (con l'esclusione dei paesi socialisti), un binomio che fino a non molto tempo fa si leggeva anche civiltà / mondo primitivo. Il campo della consuetudine pare, al contrario, tutt'altro che ristretto o confinato a certe aree o popoli; esso è presente, invece, in tutte le società di cui v'è conoscenza. Ma, come fenomeno regolatore della vita associata, la consuetudine ha una durata, per cui, mentre alcune società sembrano ancor oggi scandire i loro ritmi globali all'insegna delle consuetudini, altre hanno abbandonato quasi del tutto tale fondamento per sostituirvene uno diverso. Una tale divisione però non identifica aree o civiltà; basti pensare alla presenza della *common law* in tutto il mondo anglosassone per rendersene conto.

Se tale trasformazione appare comunque assai piú evidente nell'area giuridica, essa è nondimeno un fatto verificantesi piú o meno in tutti gli altri campi in cui si sono venute suddividendo e specificando la conoscenza e l'azione degli uomini nella società. Dal momento in cui, infatti, tutte le forme di conoscenza intessute nei miti e nelle leggende e tutte le forme di azione connesse con la magia si sono staccate, mediante una serie di processi, dalle forme originarie per acquisire una propria autonomia strutturandosi in teorie scientifiche, la consuetudine ha perso la sua validità nei confronti dell'organizzazione teorica che si è costruita sui singoli aspetti dell'uomo. Questo meccanismo ha presentato tempi diversi, a seconda dei vari settori di attività e di conoscenza; tuttavia si può affermare che in linea generale i cambiamenti piú consistenti siano avvenuti, per quanto riguarda l'area occidentale (dall'America alla Russia europea), in quell'arco di tempo che corre dalla prima metà del Settecento fino all'ultimo quarto del secolo successivo, approssimativamente. Durante questo periodo quasi tutte le forme di conoscenza e di comportamento hanno fondato la loro autonomia, creando degli statuti sulle loro attività e facendo nascere una

o piú teorie scientifiche con linguaggi appropriati. In tal modo buona parte del mondo delle consuetudini ha finito con l'essere relegato nel passato.

Cosí impostato, il discorso sulla consuetudine mostra tutta la sua ampiezza, tale da divenire onnicomprensiva perché investe, direttamente o meno, tutti i fondamenti generali e specifici sui quali una società organizza il suo funzionamento. Ma la massima apertura d'obiettivo non implica il rischio di sfumare il discorso specifico, confondendo i vari soggetti nella visione d'assieme? In realtà, l'avere sin dall'inizio allargato il raggio mira a stabilire, in via d'ipotesi, quale sia la portata effettiva della consuetudine, l'ambito del discorso al cui interno solamente si rivela poi possibile inquadrare e impostare piú correttamente il problema della consuetudine nel campo giuridico. Il dibattito sulla consuetudine è stato infatti avvertito con particolare sensibilità nell'area delle norme, ed è risaltato in primo piano in tutti quei momenti in cui si è tentato di comporre una raccolta piú o meno sistematica di norme in un testo (codice). In tali frangenti sorgeva il problema sul valore da attribuire alle consuetudini, sia nella concezione del diritto, sia nella considerazione da tenere verso le singole consuetudini, sia, infine, sulla collocazione che queste dovevano ricevere, eventualmente, all'interno dell'ordinamento giuridico.

Giustiniano, ad esempio, aggirò in parte l'interrogativo teorico quando, lasciando impregiudicate le opposte tendenze di Gaio e Pomponio sui *consilia prudentium* (fonti per l'uno dello *ius scriptum* e per l'altro del *non scriptum*), dispose affinché fossero recepite nel *Codex* solo quelle consuetudini considerate vigenti e non desuete. La natura e la validità della consuetudine si trovarono comunque, da quel momento in avanti, sulla via dei giuristi per una questione di fatto che di volta in volta doveva essere affrontata e risolta in campo teorico e pratico. Il problema fu quanto mai presente in tutto il periodo medievale, tanto all'interno del diritto pubblico e privato quanto all'interno del diritto canonico. L'età moderna ereditò pertanto la questione, che divenne di grande rilievo dalla seconda metà del Settecento, quando la redazione di codici moderni – e di quello napoleonico del 1804-807, divenuto poi quasi un tipo – impose di definire in maniera globale il posto della consuetudine nel nuovo ordinamento giuridico. La soluzione che allora venne data consistette in una drastica diminuzione dell'importanza della consuetudine nei confronti della norma positiva, che, al contrario, doveva essere concepita, stesa, emanata da organi appositamente previsti. Alla formulazione di tale principio si sono via via adeguati tutti quei codici successivi che hanno posto a loro fondamento il diritto romano e che hanno scelto come base la struttura del codice francese. Fanno quindi eccezione gli ordinamenti dei paesi anglosassoni (Inghilterra, Stati Uniti, Australia, Nuova Zelanda e Canada) i quali si rifanno invece esplicitamente alla *common law* (diritto consuetudinario), che ha informato e che informa tuttora il loro sistema giuridico.

Il Codice italiano del 1942, ancor oggi in vigore, ha seguito abbastanza fedelmente la linea tracciata da quello napoleonico e, anche se indica gli «usi» tra le fonti del diritto (art. 1), limita subito dopo la portata di tale affermazione, specificando che «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati» (art. 8), ma soprattutto affermando che «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori» (art. 15). Gli usi (o consuetudini) restano quindi del tutto subordinati alla legge; la loro efficacia, inoltre, dipende, sia in occasione di un richiamo espresso, sia dove non esiste regolamentazione, dal fatto che essi vengano raccolti ufficialmente da certi enti. Solo in questo caso, infatti, si presumono giuridicamente esistenti e validi (art. 9). Il manifesto richiamo agli usi, con le modalità suddette, si riscontra in ben cinque articoli del nostro codice che riguardano comunque materie marginali, per lo piú attinenti al mondo agricolo e alle modalità di esecuzione di certe prestazioni. A soggetti analoghi si riferiscono gli usi provinciali raccolti dalle Camere di commercio, industria e agricoltura. Viene rinviato agli usi locali, ad esempio, il problema di determinare se sia o no lecito poter procedere ad un ulteriore taglio d'erba medica dopo l'ultimo sfalcio autunnale, di quel foraggio cioè che forma una specie di «cotica» che protegge campo e pianticelle dai rigori invernali. Questa materia ed altre consimili sono considerate variamente da zona a zona, in connessione con la diversità delle coltivazioni e delle condizioni tecniche e climatiche in cui avvengono, fatti che influenzano il perfezionamento dei rapporti economico-giuridici. Esse sono evidentemente troppo capillari e specifiche ai luoghi per essere oggetto di attività normativa; per comodità si statuisce di rinviare pertanto agli usi locali, quando sono debitamente registrati [Balossini 1974]. Risulta perciò chiaro che tali aspetti sono del tutto marginali per la organizzazione della vita associata e che consuetudini e usi di questo genere non rappresentano fatti di rilievo; costituiscono al piú residui di peso infinitesimale che non intaccano il sistema generale delle regole della società.

2. *Gli approcci giuridici alle consuetudini.*

In via di fatto il problema pare dunque risolto, almeno per quei sistemi giuridici contemporanei che si rifanno al modello francese o a quello tedesco del 1897: le consuetudini sono relegate in settori assai limitati e con una funzione del tutto marginale e sussidiaria alla legge. Nell'ambito del dibattito teorico sulla natura della consuetudine, le posizioni sono però ancora contrastanti e nessuna ipotesi sembra aver soddisfatto gli interrogativi posti. Norberto Bobbio ha colto assai bene il nocciolo della questione affermando che «l'elemento che determina il passaggio dalla consuetudine non giuridica alla consuetudine giuridica, dipende dalla nozione di diritto di volta in volta prescelta, e che pertanto nella teoria relativa alla giuridicità delle norme consuetudinarie si ritrova la varietà delle teorie intorno alla nozione di diritto» [1961, p. 429]. Su questo campo si sono scontrate le teorie della scuola romano-canonista, storica, psicologica, della teoria della consuetudine nel riconoscimento del giudice, di quella sociologica, ecc. Nessuna delle loro conclusioni appare del tutto soddisfacente, anche se, d'accordo con Bobbio, «si potrebbe rispondere dicendo che nessuna è esclusiva» [*ibid.*, p. 435].

Ed è probabile che l'incapacità delle varie teorie di fornire una risposta piú compiuta ed esauriente stia proprio nel fatto che analizzare la consuetudine solo nell'area dei comportamenti giuridici, usando strumenti di questa o quella teoria ma pur sempre facenti parte dell'attuale mentalità giuridica, possa rivelarsi alla fine un esercizio inconcludente. Con ciò si torna a quanto si accennava all'inizio: senza la percezione della totalità della dimensione in cui si muove il problema della consuetudine, ogni tentativo di risolvere il quesito rimanendo all'interno del solo discorso giuridico può significare – come osservò una volta Bismarck – fare il secondo passo senza aver ancora compiuto il primo, che rimane pur sempre quello piú generale del contesto storico, come suggerisce lo stesso Bobbio.

Tuttavia, ancor prima di trovare nelle strutture delle società storiche una possibile spiegazione, occorre rispondere in qualche modo a un interrogativo di fondo che la questione pone: consuetudine e norma positiva costituiscono due sistemi giuridici differenti o, al contrario, il sistema delle leggi scritte rappresenta nei confronti del diritto consuetudinario un fatto superiore nella scala evolutiva di concepire il diritto? La propensione a condividere quest'ultima posizione ha avuto maggior fortuna. Il che porterebbe a concepire la regolamentazione delle azioni umane in maniera progressiva: da una forma tradizionale i rapporti verrebbero gradualmente enucleati dal loro intreccio concreto per divenire via via regole astratte e autonome, cui deve poi far riferimento tutta la società nel suo insieme.

Se questa fosse la prospettiva, il passaggio da un insieme disordinato (non sistematico) e cangiante di consuetudini alla redazione delle leggi diverrebbe il percorso seguito dall'uomo dalla società primitiva all'epoca moderna, dal selvaggio e dal barbaro all'uomo d'oggi. Non a caso il termine 'primitivo' ha accompagnato assai spesso gli studi che si sono occupati delle società del mondo antico, dell'epoca feudale al tempo delle invasioni barbariche e del mondo extraeuropeo o extraoccidentale, dove modi di vivere e di organizzare la vita associata sono stati definiti con maggior frequenza costumi piuttosto che regole giuridiche. Un tale spirito si riscontra, in quest'ultima area, sin dai primi contatti e rimarrà quasi una costante nei secoli successivi. Già Ca' da Mosto, uno dei primi a descrivere i popoli dell'Africa, si espresse infatti in termini di «costumi» nelle sue *Navigazioni di Messer Alvise da Ca' da Mosto* (1507), parlando delle genti che incontrò in Guinea. Anche Voltaire si valse del termine 'costume' nel titolo del suo monumentale *Essai sur l'histoire générale et sur les mœurs et l'esprit des nations* (1756). La parola ebbe grande fortuna tra gli esploratori del secolo scorso, mentre gli antropologi preferirono ben presto sostituirla con 'cultura', che pareva meno legata alla pura e semplice descrizione esterna dei comportamenti e quindi piú pregnante [cfr. Kroeber e Kluckhohn 1952].

In un'ottica evoluzionista si muoveva Henry Sumner Maine quando sosteneva: «Noi possiamo affermare che il mutamento delle società in continuo progresso è stato fino ad ora nel senso di un passaggio dallo status al contratto» [Maine 1861, p. 165]. Tale progresso veniva poi individuato nel graduale dissolvimento dei vincoli di natura familiare e parentelare o di dipendenza personale che venivano ad essere sostituiti dalle obbligazioni individuali e dal contratto. Un concetto analogo a quello della scuola storica, di cui Maine era un fervente assertore in America, era espresso dalla sociologia tedesca che fece capo a Tönnies [1887] quando qualificava questo passaggio come una transizione dalla «comunità» alla «società».

Le ricerche linguistiche di Benveniste hanno messo in luce recentemente come in tutte le lingue indoeuropee non sia esistita un'idea del diritto comparabile a quella attuale. «Si hanno ragioni di considerare che *ius*, in generale, è proprio una *formula* e non un concetto astratto; *iura* è la raccolta delle sentenze di diritto», e che «*ius* designa proprio una formula, in questo caso la formula che enuncia la condotta che colui che giura deve tenere, la regola a cui deve uniformarsi». Se ne conclude, dunque, che «è un concetto che non è solo morale, ma prima ancora religioso quello che dà alla parola [*ius*] il suo valore: la nozione indoeuropea di conformità a una regola, di condizioni da soddisfare perché l'oggetto (cosa o persona) sia accettato, perché compia il suo ufficio e abbia tutta la sua efficacia... Cosí le origini religiose e orali del diritto sono chiaramente indicate nei suoi termini fondamentali». In tal modo il codice piú antico di Roma – la *Legge delle XII tavole* – era composto «in origine da sentenze che formulavano lo stato di *ius* e che pronunciavano: *ita ius esto*» [Benveniste 1969, trad. it. pp. 369 e 373].

Molti elementi, insomma, porterebbero a far apparire la consuetudine come una sorta di «preistoria» del diritto moderno, nel quale una serie di caratteristiche già comprese in nuce nelle forme consuetudinarie vengono progressivamente enucleate, razionalizzate e fissate una volta per tutte nelle norme positive astratte. Cosí l'aspetto di ritualità, che accompagna la consuetudine e che si evidenzia con atteggiamenti, gesti, formule verbali, segni, ecc., sembra trovare successivamente una determinazione piú precisa nel concetto di *formula* dello *ius* romano per divenire poi *forma* nel diritto moderno, con uno sganciamento progressivo del singolo atto dalle sue radici magico-religiose fino a diventare norma positiva, legge scritta del tutto autonoma non solo dalle derivazioni mitiche ma anche dai comportamenti concreti. Allo stesso modo la *iuris prudentia* 'giurisprudenza' – la serie di *consilia* emessi dai giureconsulti romani come preambolo alle decisioni sui singoli casi concreti – cessa di essere raccolta di detti, di formule e di ricette da conoscere, una sorta di casistica cui si rifanno sia le autorità sia le parti per determinare la giustezza di ogni fattispecie, per assurgere a dottrina, primo passo per superare la concezione del diritto come «un corpo di formule, e l'esercizio del diritto come una tecnica» [*ibid.*, p. 382] e per arrivare a fare del diritto una scienza di norme generalizzate e astratte che regolano tutti gli ipotetici comportamenti e azioni degli uomini nella società e a cui il giudice deve strettamente attenersi. Da ultimo, il sistema sanzionatorio e di coercizione posto in essere per tutti quei casi in cui viene riscontrata una deviazione o una infrazione passerebbe attraverso analoghe forme di razionalizzazione. Dall'ostracismo ateniese al bando medievale, all'interruzione di tutti i rapporti con colui che viene accusato di *sorcery* per omicidio, come avviene presso certe popolazioni africane [Douglas 1963, pp. 133-35], – atti la

cui nota comune sembra essere quella della riprovazione sociale che si realizza con sanzioni espresse dal gruppo o dalle sue autorità politico-religiose, – con l'apparizione del sistema delle leggi scritte si giunge alla creazione di corpi appositi che amministrano tutto il complesso di quel che viene definito oggi giustizia. Anzitutto questa si separa dal potere politico-amministrativo e legislativo e diviene quindi un potere autonomo a sé stante, secondo il principio della separazione dei poteri elaborato teoricamente da Montesquieu nella sua opera *De l'esprit des lois* (1748). Inoltre essa viene dotata di organizzazioni che si occupano dell'investigazione (polizia), dell'attività giudicante vera e propria (magistratura) e dell'esecuzione della sentenza con l'applicazione di multe, sanzioni e pene detentive. Il giudizio sulle azioni viene insomma sottratto alle corti tradizionali, che erano assai spesso e contemporaneamente organi politici-amministrativi-religiosi, per venire affidato a professionisti dotati di una preparazione specifica e istituzionalmente indipendenti dagli altri poteri. In sintesi si può affermare che dall'equità si passa all'applicazione della norma giuridica astratta al fatto concreto, dalla giurisprudenza fondata sulla comparazione per analogia al codice come sistema generale di norme astratte dedotte con una formale logica giuridica da uno o piú norme fondamentali.

In tale prospettiva consuetudine e legge scritta / norma positiva appaiono veramente come due grandezze, la prima delle quali (consuetudine) scema con il progredire dei tempi e della società, mentre l'altra va progressivamente assumendo una dimensione ed una estensione maggiori. E in questo suo procedere la norma positiva non solo acquista uno spazio sempre piú dilatato, ma giunge anche a una sua completa autonomia, costruisce uno statuto di fondazione di sé come meccanismo generale che organizza le relazioni umane; perviene, insomma, a costituirsi come teoria scientifica con una sua filosofia che si esprime nel formulare i principî primi e tutte le articolazioni successive. Il diritto diventa pertanto la teoria di organizzare una comunità umana; visione che ha accompagnato le varie teorie giuridiche, da quella giusnaturalista di Grozio a quella formalista di Kelsen, che non a caso infatti ha intitolato la sua opera piú famosa *General Theory of Law and State* (1945).

Ne consegue che a una situazione di compatibilità concrete vigenti nel sistema consuetudinario (ogni fattispecie tende ad essere regolata facendo ricorso al principio del precedente e, in mancanza di quest'ultimo, a quello dell'analogia), i sistemi giuridici contemporanei di derivazione romanistica hanno opposto il concetto di coerenza interna di tutte le norme che formano un ordinamento. Il diritto positivo risulta quindi un corpus di leggi che si devono presentare formalmente e sostanzialmente compatibili e coerenti tra loro e che discendono da principî generali elaborati dal diritto stesso. I codici e le raccolte di leggi fondate su questo assunto teorico diventano dei meccanismi normativi assai complessi e delicati, che vanno quindi rimaneggiati con estrema cura. E il termine 'codice' (assieme a quello di 'società a codice' o 'precodice') viene qui usato non nel suo significato generico di semplice raccolta di leggi, norme, ordinanze o disposizioni giuridiche di varia natura, ma nel senso di una raccolta in cui sia manifesto e chiaro il disegno di elaborare *sistematicamente* tutte le norme giuridiche in un unico corpo, compatto ma soprattutto coerente in tutte le sue parti. Qualcosa di assai diverso, pertanto, dai codici medievali o postmedievali sul tipo, ad esempio, delle raccolte di consuetudini francesi (*Coutumes générales du Royaume*), filtrate dalle esperienze del Parlamento di Parigi, e redatte verso la metà del Quattrocento e nel 1580 [cfr. Craveri 1969] o delle portoghesi *Ordenações Afonsinas* (1448 circa), *Manuelinas* (1521), e *Filipinas* (1603), nelle quali, a dispetto dei lodevoli sforzi effettuati, era concettualmente impossibile conferire un ordine sistematico e una organica coerenza a vecchie norme consuetudinarie generali e locali, a quanto rimaneva valido del *fuero viejo* di Castiglia, agli statuti sui privilegi della nobiltà, ai *forales* di *concelhos* e *villas*, a *cartas* e *alvarás* reali, a norme del diritto canonico che venivano recepite, a regole di derivazione romanistica e ad ordinanze e statuti di varia natura e provenienza. In tali raccolte, come in altre europee coeve, che pur vengono chiamate codici, contraddizioni vistose e incoerenza d'assieme costituiscono le note dominanti. E ciò non deve stupire: la mancanza di una logica interna derivava dalla pluralità delle fonti di produzione giuridica e dalla frequente diversità di scopi e di fini che guidava ciascuna di esse. Nei codici moderni, a cominciare da quello prussiano del 1751 ma soprattutto a partire da quello francese del 1804, le caratteristiche distintive sono, al contrario, la concezione unitaria e il metodo sistematico di raccolta e selezione delle norme nei confronti di una o piú norme fondamentali e della visione complessiva che da esse scaturisce del sistema giuridico. Ogni codice risulta pertanto un insieme assiomatizzato, un meccanismo tendenzialmente completo; qualsiasi modificazione fatta senza particolari avvertenze, con un'approssimata visione della totalità e delle conseguenze che un'innovazione può comportare lungo tutta o parte della sua articolazione, rischia di provocare scompensi e incongruenze, tali da incrinare quella compattezza interna e quella coerenza generale su cui esso si basa.

L'attività legislativa, la produzione di nuove norme, assurge a tecnica raffinata; essa deve ricreare di volta in volta il sistema delle compatibilità verso le norme fondamentali e quelle particolari. Il legislatore cui facesse difetto la chiarezza necessaria in tale situazione potrebbe provocare la paralisi del sistema giuridico o di una sua parte per le contraddizioni che si vengono accumulando al suo interno. In questa eventualità, il giudice chiamato ad emettere una sentenza viene a trovarsi di fronte ad un corpus di norme inceppato nella sua logica, e il suo giudizio tende piú a riflettere una valutazione sulle compatibilità tra il corpus originario e le innovazioni successivamente apportatevi che la rigida e formale applicazione della norma alla fattispecie.

In quest'ottica lo studio delle consuetudini ha quindi significato di frequente analizzare le radici prime di questo continuum che è l'avvicinamento della società alla maturità giuridica. Queste tappe possono essere cosí rapidamente riassunte. Un primo stadio, quello della società primitiva, nel quale le uniche istituzioni sono costituite dalla rappresaglia, dalla guerra privata e dalla faida. Il bisogno della pace sociale conduce a un altro stadio nel quale, per la sicurezza collettiva, vengono elaborate regole precise che trovano un'applicazione rigida e formale che porta alla certezza del diritto (è l'epoca romana fino alla fine della

repubblica). Vi succede poi una fase in cui si introducono il concetto di equità e principî etico-morali: è l'impero romano fino a Diocleziano e, saltando la fase di regresso del diritto romano dovuta alle invasioni barbariche e alle sue conseguenze, il periodo in cui la rinascita del diritto del XII secolo comincia a dare i suoi frutti con l'elaborazione nell'Europa continentale della teoria dei diritti naturali. L'elaborazione astratta di questi principî con la conseguente separazione del diritto dalla morale ad opera di Kant e dei suoi discepoli ha portato alla fase attuale della maturità giuridica, pur nella diversità delle teorie (metafisica, storica, utilitarista, sociologica, positivista, formalista).

Una marcia sicuramente non lineare – basti pensare alla pausa e al regresso durato piú di un millennio tra la caduta dell'impero romano e il secolo XVIII –, ma pur sempre una marcia, un'accumulazione progressiva, anche se interrotta da fratture. Questo sviluppo del diritto e questa sua «evoluzione» seguono parallelamente il suo disancorarsi da principî non elaborati al suo interno (religione, etica, morale) fino all'affermazione di una teoria scientifica del diritto realizzata in completa autonomia che coincide, per l'appunto, con il distacco dalla morale ad opera di Kant tramite il suo concetto di giustizia legale come uguale possibilità offerta a tutti di realizzarsi con il minimo di costrizioni dall'esterno. Nelle teorie che condividono tale processo di «liberazione» del diritto dalle pastoie in cui era avvolto, la consuetudine non può essere considerata se non un freno, una permanenza del primitivo o una sua ripresa durante i periodi di crisi. Per il metodo scientifico con cui si è strutturata ogni teoria del diritto si presentano perciò non poche difficoltà nella ricostruzione del sistema dei comportamenti in una società senza leggi scritte. Privato di una documentazione esplicita e fissata chiaramente con formule e caratteri che si richiamano tra loro, lo studioso incontra notevoli disagi tra regole che non contengono norme generali né tantomeno astratte, ma che sono una serie di decisioni su casi concreti, e che non applicano principî ma piú spesso sanzionano dei rapporti che si richiamano l'un con l'altro. La deduzione dei principî normativi soffre pertanto di quest'assenza di proposizioni chiare e dei cambiamenti, degli scarti che si verificano tra decisioni di casi analoghi nel tempo. Le regole formali che se ne possono trarre finiscono con l'appartenere, usando gli strumenti classici, piú alla rilevazione statistica, che non è certo in grado di mettere in luce la logica di un discorso formalmente giuridico, le cui radici affondano, al contrario, in universi di tipo magico-religioso presso quasi tutti i popoli precodice. La mutevolezza, singolare e complessiva, e la mancanza di una certezza del diritto porterebbero dunque a respingere l'idea delle consuetudini come *sistema* giuridico di una società.

Tali problemi vengono poi accresciuti dalla difficoltà che lo storico del diritto incontra nel distinguere le regole consuetudinarie giuridiche da quelle che non lo sono all'interno di quel vasto fenomeno che prende il nome di costume. A questo fine si sono elencati taluni requisiti oggettivi e soggettivi (la ripetizione nel tempo, l'uniformità, la costanza, l'autorità che sanziona la norma, l'*opinio iuris et necessitatis* del soggetto, la materia), che hanno dato vita a interpretazioni varie e discordanti. E che vi sia difformità di valutazioni non

stupisce, né va sottolineato; quel che importa è piuttosto che nessuna può essere del tutto accantonata, ad eccezione forse di quella psicologica dell'*opinio iuris* che si limita a considerare giuridica la norma che viene ritenuta tale, risolvendo la questione in una tautologia. E alle suddette difficoltà si potrebbero anche aggiungere le incertezze che scaturiscono dal tentativo di differenziare le norme religiose e morali da quelle giuridiche nel campo della consuetudine.

3. *La consuetudine nelle società tradizionali.*

Gli ostacoli che si riscontrano nel caratterizzare la giuridicità delle consuetudini vengono poi parzialmente confermati anche da coloro che hanno analizzato a fondo le società «primitive». Tuttavia è bene precisare subito che sarebbe superficiale accostare risultati solo apparentemente analoghi senza tener conto dei processi e degli obiettivi messi in atto dai protagonisti. Molti antropologi, infatti, si sono avvicinati a questo problema con il fine di porre in evidenza che la vita di tali società era tutt'altro che selvaggia e abbandonata agli istinti, ma che in esse v'era un «ordine», un insieme di regole assai presenti nell'azione quotidiana individuale e sociale. La conclusione cui arrivava, ad esempio, Malinowski [1926], per il quale «i comandamenti della legge e del costume sono sempre organicamente connessi e non isolati» (trad. it. p. 152), portava a negare un'autonomia della sfera giuridica nei Trobriandesi a vantaggio di una concezione che privilegiava piuttosto la totalità sociale. Ma, affermare che «il diritto non è contenuto in uno speciale sistema di decreti che prevedano e definiscano eventuali forme di inadempienza e forniscano appropriate barriere e rimedi» [*ibid.*, p. 94] significava anche indicare una via diversa nell'approccio all'analisi del sistema giuridico delle società tradizionali in genere, dove «ordine e diritto sorgono dagli stessi processi che essi governano» [*ibid.*, p. 150]. Una posizione, quindi, alquanto diversa da quella di coloro che si mostrano assai piú preoccupati del problema definitorio e tendono pertanto a «staccare» il campo del diritto (cioè le consuetudini giuridicamente stabilite) dalle altre regole del costume. Per Hoebel, ad esempio, nelle società primitive «una norma sociale diventa giuridica se la sua inosservanza o la sua infrazione viene contrastata regolarmente – di fatto o solo sotto forma di minaccia – con l'applicazione della forza fisica di coercizione da parte di un individuo, o un gruppo, che possiede il privilegio socialmente riconosciuto di agire in tal modo» [1967, trad. it. p. 47]. E infatti «la vera, fondamentale condizione *sine qua non* per l'esistenza del diritto in qualunque società – primitiva o civilizzata – è in realtà l'uso legittimo della coercizione fisica da parte di un agente socialmente autorizzato» [*ibid.*, p. 43]. Affermazione che si accorda con quella di Thurnwald: «È la forza riconosciuta che solleva un costume al livello di diritto» [1931-34, V, p. 4].

Anche una parte di coloro che si sono occupati del diritto nelle società primitive da un punto di vista antropologico giunge quindi ad affermare che solamente se si verificano certe condizioni – produzione della norma da un'autorità riconosciuta, esistenza di un sistema di coercizione, regolarità dell'applicazione

delle sanzioni da un agente socialmente autorizzato, ecc. – i comportamenti consuetudinari dànno luogo a un vero e proprio sistema giuridico. Insomma, anche per questa via si cerca di riscontrare nelle società primitive (precodice) caratteristiche, per quanto piú rudimentali e rozze, proprie del diritto contemporaneo, con un'operazione di archeologia giuridica che tende alla scoperta di un minimo comune denominatore sulla base dei risultati della scienza giuridica di oggi. Nel metodo usato e nei fini che si propone (l'individuazione di una sfera giuridica autonoma), essa appare assai simile ad altre ricerche, come a quelle condotte da Lévy-Bruhl sui processi di conoscenza dei popoli primitivi, dove venivano poste a confronto le funzioni mentali dell'uomo europeo, quali la logica, la capacità di esprimere concetti e il principio di non-contraddizione qualificati come forme «superiori» della conoscenza, con la mentalità prelogica o «piú mistica che logica» dei primitivi [Lévy-Bruhl 1910; 1922].

Ma il fatto che il mondo dei primitivi sia ancorato al concreto e che l'apprendimento non avvenga tramite la definizione di categorie e concetti ma invece con un metodo didattico fondato sulla trasmissione, per lo piú orale, di segni, non qualifica come prescientifica la mentalità primitiva, per cui «è cosí difficile, e quasi sempre incerta, l'intelligenza delle istituzioni» [Lévy-Bruhl 1922, trad. it. p. 441]. È merito di Lévi-Strauss aver ribaltato questa teoria e scoperto nel pensiero selvaggio una forma scientifica, la «scienza del concreto». «L'intera scienza si è eretta sulla distinzione tra contingente e necessario, che è poi la distinzione tra evento e struttura... Ora, la caratteristica del pensiero mitico, come del *bricolage* sul piano pratico, è di elaborare insiemi strutturati... ma utilizzando residui e frammenti di eventi..., mentre la scienza... "cammina" in quanto si instaura, crea, sotto forma di eventi, i suoi strumenti e i suoi risultati, grazie alle strutture che fabbrica senza posa e che sono le sue ipotesi e le sue teorie. Ma non equivochiamo: non si tratta di due stadi o di due fasi dell'evoluzione del sapere, poiché i due modi di procedere sono ugualmente validi» [Lévi-Strauss 1962, trad. it. p. 34]. Il «carattere della totalità» inerisce pertanto ad entrambe le forme di pensiero, con la differenza che il mito «si serve di una struttura per produrre un oggetto assoluto che abbia l'aspetto di un insieme di eventi (poiché ogni mito narra una storia)» [*ibid.*, p. 38].

E alla categoria della totalità il pensiero scientifico è pervenuto solo in tempi molto recenti, dal momento in cui Laplace si pose l'interrogativo se fosse possibile conoscere in modo vero e non solo probabile «una parte dell'universo se non si conosce tale universo nella sua totalità» [Geymonat 1977, p. 21]. Il modo rovesciato con cui viene conosciuta questa totalità si riflette direttamente sui sistemi d'informazione; alla trasmissione di strutture e di teorie il mondo primitivo oppone un metodo che si basa prevalentemente sulla ripetizione orale di insiemi di segni, i miti e tutte le altre narrazioni di eventi che fanno parte di quella cultura. Ne è un esempio assai completo il «mito del Fagiolo» dei LoDagea del Ghana che contiene in versi tutta la loro storia, negli aspetti mitici come negli aspetti materiali, quelli cioè indispensabili per la continuazione esistenziale della società (metodi e tempi di coltivazioni, qualità dei terreni, scelta delle colture, ecc.) [Goody 1972]. Il mito, che esprime l'universo dei LoDagea

e quindi anche le loro regole fondamentali, viene ritrasmesso ai giovani in particolari e solenni circostanze e a gradi (Black Bagre, White Bagre), come avviene piú o meno per tutti i miti. Vi è dunque anche un modo di apprendimento basato sulla iterazione di un «modello» concreto (un insieme di segni sotto forma di avvenimenti), divulgato, in maniera piú o meno fedele e con le innovazioni che la stessa storia di ogni società vi apporta, con forme solenni e con una sua regolarità da persone particolarmente designate e autorevoli. In una parola, sia per quanto attiene alla forma sia per quel che riguarda i contenuti, la consuetudine si manifesta come un metodo della conoscenza delle strutture della società e del loro funzionamento; con ciò essa diviene una delle forme attraverso le quali la struttura stessa può riprodursi storicamente.

Il che, del resto, è poi molto meno lontano dalla nostra storia di quanto forse comunemente si possa credere. Fino alla diffusione della stampa i sistemi di apprendimento facevano leva principalmente sul solo insegnamento orale che si concretizzava assai spesso nella ripetizione, da parte del maestro come dell'allievo, di una serie di formule da memorizzare. La tradizione ha rappresentato pertanto un momento fondamentale nella trasmissione della cultura e ha conferito, a chi la possedeva, un'autorevolezza del tutto speciale, come testimoniano il *dixit* e l'*ex cathedra* riferito ai dottori delle università europee e l'atmosfera di prestigio che avvolge un «anziano» presso molte popolazioni extraeuropee per essere questi, a causa dell'età, ricco di esperienza culturale vissuta. Inoltre, se il sistema critico del sapere può essere fatto risalire alla riflessione individuale sul testo con la nascita del senso filologico dovuta a Lorenzo Valla e al suo metodo usato per dimostrare la falsità della donazione costantiniana, la trasmissione del sapere per via di strutture inizia solo con l'elaborazione delle teorie scientifiche in insiemi assiomatizzati, cioè a partire dalla seconda metà del Settecento. Nel campo delle costruzioni civili e militari, ad esempio, l'approccio empirico e consuetudinario è stato dominante fino ai tempi non lontani della fondazione della vera ingegneria, mentre tale non era certamente quella rinascimentale [cfr. Gille 1964].

Rimane infine ancor oggi un'ampia area che si può considerare come un residuo vivente, sebbene in via di drastica diminuzione per l'Europa, di questa forma del sapere e del vivere della società. Si tratta di quell'ampia messe di favole, racconti popolari, detti vari, storie, miti che hanno a lungo costituito il tramite privilegiato in campo popolare attraverso cui cultura, tecniche e regole di comportamento sono state tramandate, apprese, fissate nella memoria e, da ultimo, ritrasmesse.

La consuetudine abbraccia dunque sfere piú vaste del solo diritto, essa appare anzi lo specchio generale di certe società; se il senso della consuetudine si trova oggi per lo piú ristretto al solo ambito giuridico, ciò è dovuto in buona parte al fatto che il nostro modo di vivere e di regolare la vita associata in tutti i suoi aspetti ne ha ridotto l'esistenza, e con essa il valore del termine, a certi fatti residui nell'area dei comportamenti giuridici. Tuttavia è bene non perdere di vista la sua ampiezza originaria, al fine di non cadere facilmente e inavvertitamente nella tentazione di stabilire quella linea di continuità cui si è accennato.

La continuità appare come una sorta di flusso che procede per via di accumulazione in senso ascendente e per depauperazione in linea discendente. Essa porta a chiedersi solo quale sia la dimensione e la quantità con cui in un'epoca precedente si presenta il fenomeno attuale, la cui esistenza viene quindi postulata sin dall'inizio della ricerca. La tendenza a delimitare l'autonomia della sfera giuridica della consuetudine può essere viziata da quest'assunto e dall'aver proceduto all'analisi della parte ancor prima di essersi impadroniti del carattere totale che le consuetudini riflettono in certe società. Analogamente è avvenuto, ad esempio, nell'ambito dell'economia, dove la ricerca di un settore autonomo di tale attività ha indotto a retrodatare molti concetti propri della scienza economica contemporanea e a «scoprire» quindi forme economiche moderne nel tempo antico [cfr. Heichelheim 1958].

La prospettiva generale può risultare diversa se invece di affermare che il diritto «sotto forma di consuetudine, nasce storicamente dal costume, secondo un processo di razionalizzazione» – secondo l'ipotesi dell'antiformalista Kantorowicz [1958, trad. it. p. 123], che parla poi conseguentemente del «pensiero giuridico pre-scientifico... per capire lo sviluppo della scienza giuridica» [*ibid.*] –, si parte dall'ipotesi opposta che una società che si regola sulla consuetudine pone a fondamento della propria vita associata un sistema del tutto diverso, e quindi non omologo neppure in una visione a lungo periodo, da quelle società che creano il loro ordinamento giuridico con i codici. Si tratta cioè di problematizzare in un ambito piú vasto la teoria della «scienza del concreto» di Lévi-Strauss e di chiedersi se ad una peculiare scientificità nel campo del conoscere possa corrispondere una analoga diversa forma di impostare il problema delle norme giuridiche consuetudinarie.

Entrambi i sistemi pongono delle regole di comportamento e di organizzazione – e pertanto in tale accezione generale possono definirsi in una prima approssimazione giuridici –, che presentano il carattere della solennità e ritualità, della regolarità della sanzione. Tuttavia i fondamenti su cui si basano hanno caratteristiche talmente opposte da farne globalmente due sistemi diversi. La differenza può essere resa manifesta partendo proprio dalla norma e ponendo a confronto, ad esempio, un articolo dei nostri codici e una norma di diritto consuetudinario africano, già inquinato peraltro dalla trascrizione fattane dai colonizzatori che tendevano ad europeizzare la società indigena. Là dove la consuetudine africana è stata cosí formulata: «Se l'uomo non ha finito di pagare il prezzo quando la donna va a vivere con lui, l'uomo completerà il prezzo com'era stato convenuto» [Verlinden 1969, art. 12, p. 52], la norma corrispondente del Codice italiano del 1942 – ma corrispondente solo a titolo d'esempio e per una situazione opposta – si esprime in questi termini: «Il promittente può domandare la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio, se questo non è stato contratto» (art. 80). Il «promittente» (o il «chiunque» del codice penale, il «chi», il «proprietario», il «creditore», il «debitore», ecc.) e l'«homme» rappresentano veramente due universi che si avvertono con immediatezza nella dizione dei due articoli. Mentre nell'ultimo i rapporti e i soggetti si concepiscono in una forma del tutto astratta ed ipotetica, il manuale di giurisprudenza consuetudinaria zande ha dovuto mantenere, pur con la contaminazione europea (belga), una forma piú aderente al modo di pensare e di agire per conservare validità agli occhi degli Zande. E quell'«homme», cosí estraneo alla mentalità dei legislatori moderni e ai nostri codici, resta in parte a testimoniare una concezione diversa e del tutto «personalizzata» delle regole giuridiche.

Ma cosa s'intende con tale espressione? Non esiste infatti un rapporto giuridico tra una persona e una cosa ma sempre un rapporto, in definitiva, tra persone. Il diritto di proprietà, ad esempio, non si estrinseca tanto nello *ius utendi et abutendi* romanistico quanto soprattutto nel fatto che tale *ius* costituisce una relazione che può essere fatta valere nei confronti dei terzi. Tuttavia basta osservare la struttura di un codice e la sua ripartizione interna e l'insieme delle regole fondamentali di una società a base consuetudinaria per rendersi conto che esistono profonde differenze nella logica dei testi. Nei postulati della società dei Trobriandesi non vi è nulla di analogo alla parte dedicata alla proprietà, come nel libro III del Codice italiano del 1942. Nel primo caso i riferimenti ai beni non sono mai isolati, ma sempre accompagnati invece dai titolari personali: «Postulato VII, Corollario 2: Ogni individuo eredita proprietà e rango dal fratello della madre... Postulato IX: La priorità nel diritto alla terra e nel rango è determinata dall'ordine di emersione dalle cavità della terra degli antenati del subclan... Postulato XI: La magia è necessaria per avere successo nella maggior parte delle attività» [Hoebel 1967, trad. it. pp. 273-74]. Ciò che riassume questi tre postulati sta nel senso della «qualità» che viene attribuita ad ogni relazione e tale qualità si identifica negli attributi di capacità peculiari (la magia), del posto occupato nel lignaggio (status di erede) e del rango tra i lignaggi (l'ordine nelle pretese alla terra), che sono poi tutte pertinenti alla collocazione che ciascuno occupa nello schema delle relazioni interpersonali.

I beni non sono qui concepiti per se stessi né vengono considerati in maniera autonoma rispetto a chi li possiede, ma, al contrario, vengono connessi sistematicamente alla persona cui ineriscono come pertinenza, al luogo che essa occupa nel lignaggio e, infine, al rango di ciascun lignaggio nella totalità. Tuttavia la struttura generale, la parentela, non è data come tale, non viene formulata come norma astratta, ma risulta piuttosto come «carattere totale» dal risultato complessivo di una serie di eventi che di volta in volta la ricreano concretamente. L'averne individuato lo schema e tentato di esplicitarlo con regole generali da parte degli antropologi, raramente ha infatti conferito agli indigeni implicati una migliore conoscenza di se stessi, del sistema generale astratto alla base dei comportamenti e della loro organizzazione sociale, poiché tale struttura era conosciuta quotidianamente dai rapporti reali con cui si riproponevano in ogni circostanza le «distanze» di ognuno rispetto agli altri. Con ogni probabilità, quindi, la logica del discorso parentelare non si trova tanto nella sua razionalizzazione operata dagli uomini primitivi, quanto nella ricomposizione continua della serie di relazioni tra persone, e tra persone e beni tramite la consuetudine. È ben vero che gli aborigeni australiani sanno memorizzare con estrema facilità tutti i legami di parentela che li uniscono con tutti i gruppi circostanti e per di piú con capacità di estensione in profondità e collateralità per noi oggi impossibile.

Ciò comunque non dipende dalla conoscenza della struttura in quanto tale, ma dei percorsi che, partendo dall'Ego, ognuno deve compiere per individuare le sue coordinate. È come se uno non conoscesse la struttura e la formula di una molecola ma ne sapesse ripercorrere le varie valenze fino a completare tutti i legami tra gli elementi.

In tal modo la «logica» dei comportamenti giuridici delle società precodice si situa nella parentela a cui si aggiungono, a completamento, il matrimonio e la successione. E i legami nei quali l'individuo si trova avvinto hanno una triplice dimensione: si estendono infatti al passato, dato che gli antenati costituiscono le radici ultime da cui si dipartono le serie di relazioni; al presente, tramite la parentela tra i lignaggi e in virtú del matrimonio; al futuro, per le aspettative che i nascituri o i nati conferiscono ai viventi. In quest'ottica la successione non si configura come quel titolo sui beni che non trova una collocazione separata; a ben vedere quel che si eredita non è tanto una massa di beni (l'asse patrimoniale dei nostri codici), quanto invece uno status. L'erede si mette «al posto di» nel luogo delle sue relazioni totali, «uccide» il defunto per ricomporre con l'evento la struttura. Del resto la ricchezza principale in queste società è costituita soprattutto dagli uomini e dalle donne, a tal punto che istituti come il sororato e il levitato sono tutt'altro che rari e stanno a significare che questa sorta di surroga del coniuge defunto può rappresentare un'aspirazione, se non una pretesa, delle famiglie di ripristinare il sistema di relazioni preesistente; e in tale eventualità matrimonio e successione confluiscono in un tutt'unico.

Le relazioni parentelari attraverso cui si struttura questo tipo di società stanno alla base delle consuetudini che vi si formano e che consentono la continua riproduzione del tessuto generale. Queste ultime possono storicamente differire da luogo a luogo e da tempo a tempo, ma tali diversità rappresentano i modi contingenti di realizzare dal concreto la logica della struttura. Il matrimonio potrà essere esogamico o, piú raramente, endogamico, coincidere con il passaggio di beni dalla famiglia dello sposo a quella della sposa o viceversa. La residenza della nuova famiglia sarà fissata secondo criteri diversi (matrilocale, patrilocale, uxorilocale, virolocale); la parentela può estendersi o contrarsi in senso verticale od orizzontale (la manipolazione delle parentele è un gioco in molte società primitive, ma anche nella società «occidentale» durante tutto il periodo feudale). In nessuna occasione comunque è stata mai smentita la sua validità di cardine della distribuzione di ruoli e attribuzioni nelle società basate sui rapporti personali [cfr. Radcliffe-Brown e Forde 1950]. Nella stessa successione si presentano delle diversità (successione del figlio maschio primogenito, di tutti i figli maschi, di tutti i figli comprese le femmine, successione allo zio materno, dei figli con la concorrenza del coniuge, ecc.); tuttavia rimane ovunque dominante il fatto che si succede alla persona defunta secondo le relazioni parentelari in atto, acquisendone perciò lo status e, di conseguenza, i beni eventuali. Difficilmente si verifica pertanto la successione secondo la volontà del defunto (successione testamentaria); il singolo non ha le fattezze di un individuo dotato di ampia autonomia, ma è invece dotato di uno status che risulta da una somma di relazioni che coinvolgono uno o piú linguaggi, ai quali in definitiva questa serie di rapporti appartiene per coincidere essi con il sistema della vita concreta. Le norme consuetudinarie successorie rappresentano dunque il modo attraverso il quale le relazioni parentelari sostituiscono i vivi ai morti ripristinando in concreto la rete dei legami reciproci.

Ma con ciò non si vuol dire che tali società siano prive di un sistema di scambio di beni; non solo esso si verifica localmente ma spesso avviene anche su lunghe distanze [Polanyi e altri 1957]. Quel che si vuole sottolineare è che il meccanismo parentelare-magico-religioso risulta essere quello assorbente e che i beni stessi portano con sé la qualità personale delle parti implicate, nella forma descritta da Marcel Mauss [1923-24] nello scambio dei doni dove lo *hau* segue in senso inverso la trasmissione di un bene. Il fatto è che questo sistema si fonda sulle relazioni e sui rapporti tra le persone e che i beni rappresentano delle «pertinenze» personali. In tal modo sia la circolazione dei beni, sia i metodi produttivi messi in atto tendono a sovrapporsi nell'area economica ai legami parentelari che concretamente uniscono i membri dei gruppi sociali. I comportamenti con cui si evidenziano in maniera ripetuta, le forme con cui essi appaiono, costituiscono appunto le consuetudini, che non presentano quindi un'autonomia in se stesse ma rimandano invece ogni volta alla relazione sottostante.

Alla fine ogni consuetudine che si realizza si pone al tempo stesso come strumento e come fine: nel primo caso perché è il modo con cui concretizza quel particolare segmento all'interno della vasta rete di relazioni personali, nel secondo in quanto è attraverso la consuetudine, la iterazione dei comportamenti, che si riproducono e perpetuano le relazioni stesse, in forma uguale o modificata. Le norme consuetudinarie seguono pertanto la vita fisica delle persone che sono implicate direttamente nella loro formulazione, interpretazione ed esecuzione, ne costituiscono il vestito aderente. Esse si palesano quindi plasticamente, si adattano alle circostanze mutevoli dei rapporti tra le persone quando questi mutano in maniera percettibile o impercettibile; ma questi cambiamenti avvengono quando si producono fatti e avvenimenti che intaccano in qualche parte la «totalità» delle relazioni e non certamente in conseguenza di «storie» individuali. Singole consuetudini possono quindi sorgere e altre essere abbandonate, ma il sistema sopravvive in quanto tale solo se permane la condizione di base: regolare in prima istanza i rapporti personali e la qualità delle persone. Cosí l'appezzamento di terra coltivato da una famiglia che viveva (o vive tuttora) nell'ambito del diritto consuetudinario africano o dell'*ayllu* sudamericano non è configurabile come una proprietà nel senso odierno del termine, né come una proprietà del lignaggio, della tribú, dell'etnia, ecc. Nel nostro linguaggio la relazione uomini-terra potrebbe forse essere meglio identificata come un diritto d'uso, sí che la pretesa che può scaturire negli eredi va formulata come un'aspirazione, per consuetudine legittima, a succedere in tale diritto d'uso.

4. *La consuetudine nell'età feudale.*

Non sarà a questo punto scorretto stabilire una certa analogia con il Capitolare di Kiersy dell'877 di Carlo il Calvo o con l'analogo, ma piú esteso, *Edictum de beneficiis regni Italici* di Corrado II il Salico del 1037 con cui gli eredi di coloro che erano stati investiti di *feuda dignitatis* o di *feuda regalia* trovavano riconoscimento sotto certe condizioni alla loro pretesa di succedere in quella sorta di «diritto d'uso» che era il feudo del *de cuius*. L'espressione è certamente impropria, ma può servire a fare da ponte tra la situazione quale si presenta nelle società primitive e il mondo della feudalità europea.

Sotto l'urto delle invasioni barbariche nell'epoca del tardo impero romano, la vita si contrasse in spazi piú delimitati, la *villa*, e con essa anche le relazioni economiche subirono delle modificazioni. Nella *villa* romana scambio e produzione tendevano a svolgersi sulla linea dei vincoli personali che si instauravano in maniera sempre piú estesa. La caduta dell'impero accelerò il processo di trasformazione perché alla crisi interna si sovrappose la concezione che gli invasori longobardi avevano della società. Il rapporto personale divenne quindi preminente sui rapporti tra le cose. Ne è una testimonianza l'*Edictum Langobardorum*, nel quale le *antiquae leges* altro non sono che «la ricerca e la stesura scritta delle consuetudini» germaniche [Pepe 1963, p. 147]. E in effetti nei 388 capitoli attribuiti a Rotari, la stragrande maggioranza è dedicata alla regolamentazione di tutti i rapporti interpersonali, mentre scarsissima attenzione ricevono i diritti sulle cose, quasi che queste, come nelle società primitive, siano appunto pertinenze delle persone. Ciò si armonizzava, del resto, con il *mundium* su cui si fondava la famiglia germanica: «Il *mundium* ("mundium id est dominium", o meglio, secondo la glossa cavense: "id est pertinentia"), o *tuitio* era la protezione che la famiglia e, per essa, il capo accordava ai minorenni e alle donne, che non erano mai *sui iuris*» [*ibid.*, p. 152].

Ne scaturisce la concezione di un diritto «legato alla vita del gruppo, nel cui seno si è affermato liberamente per la cooperazione spontanea dei soggetti» [Calasso 1954, pp. 123-24], sulla base della serie dei rapporti consuetudinari che vengono via via trascritti negli editti e nelle sentenze. Anche nella società feudale il sistema delle relazioni in cui la persona è immersa ha valore e vigore indipendentemente dalle circostanze e dai luoghi in cui viene a trovarsi. «Il fenomeno della legge personale ne resterà quindi enormemente amplificato come mai per l'innanzi era stato, e la legge perciò sembrerà smarrire davvero ogni vincolo territoriale e apparir quasi inerente alla persona e seguirla dovunque» [*ibid.*, p. 116].

Tuttavia le consuetudini germaniche (longobarde e franche) fondate sulla parentela, e quindi la concezione personale del diritto, si estendono nella società medievale in maniera difforme, a seconda dei vari strati in cui essa si va strutturando. Al pari del clan Mbomu nello stato degli Zande del Sudan [Evans-Pritchard 1965, trad. it. pp. 101-34], i popoli germanici si impongono in buona parte dell'Europa come conquistatori. Le loro consuetudini originarie tendono a regolare anzitutto i loro rapporti interni nella nuova dimensione politica e solo successivamente a uniformare il resto. Il problema della distribuzione delle cariche e delle terre connesse comporta comunque già un'innovazione di rilievo. Grandi e medie unità territoriali vengono affidate ai membri della «famiglia estesa» in conformità della qualità delle relazioni e delle «distanze» che si vanno creando nella conquista tra i capi e i singoli individui della sua stirpe per le piú varie ragioni (legami di sangue, matrimoni, «affiliazioni» e «adozioni» per atti di valore, per servizi resi, ecc.). Ma la capacità di ricomporre localmente la rete di relazioni consuetudinarie viene anche a dipendere dalla possibilità, per chiunque sia investito di un feudo, di fungere da punto iniziale da cui si diparte un'altra e nuova serie di relazioni interpersonali. Ogni feudo tende quindi a diventare un sistema a sé stante (Capitolare di Kiersy e *Edictum de beneficiis regni Italici*) e ciò incrina il sistema generale che va trasformandosi, nel suo strato superiore, in un insieme di uguali senza legami reciproci o con legami assai attenuati. Ne è una testimonianza la formazione delle curie feudali, nelle quali ciascuno viene giudicato solo dai suoi pari. In tal modo la catena delle relazioni tende a sgranarsi nell'ambito piú elevato (re, feudatari) e s'interrompe al di là di quanto rimane di questa relazione, in quanto il sovrano non ha rapporti diretti con il sistema inaugurato da ogni singolo feudatario. In termini piú propriamente giuridici la situazione è la seguente: «Non si deve dimenticare che potere politico feudale significa potere esercitato non in nome e per conto altrui, ma in nome e per conto proprio; non piú cioè in qualità di pubblico ufficiale del re, ma in qualità di signore autonomo, sia pure entro il riconoscimento della sovranità regia» [Colorni 1959, p. 26]. E pertanto sia il re nei confronti dei sudditi del feudo sia questi verso il re sono impediti dall'avere relazioni da un «diaframma» che li separa nettamente [Calasso 1949, p. 82].

Ma v'è di piú. Per quanto la terra in quest'ambito sia una pertinenza nei legami re-feudatari e, su ogni singolo feudo, feudatario-vassalli, essa si presenta in altra dimensione in maniera alquanto diversa. Sulle terre oggetto dei benefici preesistono o si formano ex novo relazioni uomo-terra di altra natura (proprietà allodiale, affitto in varie forme, lavoro in vario modo, ecc.). Nei confronti di costoro, i vincoli di relazioni di dipendenza personale vengono ad instaurarsi non direttamente, ma bensí in maniera *mediata*, per il fatto che questi ultimi sono in qualche modo coniugati alla terra che delimita il feudo.

In due punti quindi il sistema delle relazioni personali subisce un'innovazione di rilievo. In alto, dove al vincolo di dipendenza personale si va sostituendo la forma del rapporto tra «parti» composte ciascuna da piú persone che si trovano nel medesimo status (grandi feudatari tedeschi e italiani e Impero, re e baroni nel regno di Napoli, re e baroni in Inghilterra (*Magna Charta*) e anche Comuni e Impero in Italia). La definizione di tali rapporti concreti, non piú tra persone ma tra «parti», costituisce la fonte piú importante delle norme consuetudinarie feudali che vengono elaborate nel caso concreto (i già citati Capitolare ed *Edictum* o la pace di Costanza del 1183 tra Comuni e Impero) e, successivamente, facendo ricorso all'analogia con il precedente (*Libri feudorum*).

Ma la crisi si manifesta piú eversiva, almeno in prospettiva, in basso, là

dove il bene terra con tutto ciò che essa produce non si trova come accessorio alla relazione personale (persona - persona (terra)), ma tende ad invertire l'ordine e a porre le persone come accessorie alla terra (persona - terra (persona)). In questo punto la consuetudine, fondata sulle relazioni parentelari nella sua origine ed evolutasi verso la forma piú generale delle relazioni personali usando uno schema analogo, subisce un principio di disgregazione e di invalidità. Tale fatto può essere seguito nelle trasformazioni del sistema delle successioni, dove, piú che altrove forse in questo periodo, si manifesta il rapporto uomo-beni. Con il VII secolo avviene la scomparsa del *testamentum* e della ***heredis institutio*** in tutta l'Europa facente parte dell'ex impero romano, in seguito alle invasioni barbariche. Ad esso si sostituisce ovunque la successione legittima, nella quale, in netto contrasto con la volontà assoluta del testatore romano, prevale la ragione della famiglia, che impone la redistribuzione preordinata dei beni secondo la consuetudine germanica. «I barbari ignoravano il testamento... Poiché tutti i membri del gruppo capaci di diritto sono comproprietari del patrimonio familiare, la volontà del padre non può disporne: ne dispone invece Dio (*Deus solus heredes facere potest*) vale a dire l'ordine naturale della parentela» [Calasso 1954, p. 129]. Solo una certa quota dei beni viene lasciata da Liutprando (cap. VI) al libero arbitrio del *de cuius*, che ne dispone assai spesso per fare una *donatio pro anima* a vantaggio per lo piú della Chiesa, al fine, sembra, di evitare la formalità delle donazioni tra vivi [Vismara 1941, I, p. 24]. La riapparizione del testamento verso la fine del XII secolo sta ad indicare che la relazione tra l'uomo e i suoi beni tende in parte a sottrarsi alle relazioni parentelari e ad acquistare una sua prima autonomia, per quanto essa rimanga ancora a lungo fortemente influenzata dal clima generale. E se è vero che la successione legittima è la piú usata anche nella forma testamentaria, ben diversa da quella romana dato che essa «è una semplice disposizione patrimoniale che non può comunque comprendere mai la totalità del patrimonio» [Calasso 1954, p. 256], il ritorno del testamento come atto unilaterale e revocabile delinea una tendenziale riappropriazione diretta dei beni senza la intermediazione della relazione personale-parentelare.

In generale poi, nel mondo delle consuetudini feudali, il salto si verifica quando un bene comincia ad essere considerato dagli individui non piú per la qualità che lo lega al possessore, ma, al contrario, per le sue qualità intrinseche, che possono essere valutate con altri beni sulla base di computi quantitativi quali il prezzo, la reperibilità, la rarità, la capacità produttiva, il costo di produzione, ecc. Il concretarsi di tale nuova mentalità quantitativa porta a spezzare il legame personale tra individuo e bene in due parti: da un lato il bene come valore in sé e dall'altro colui che *casualmente* entra in relazione con quel bene. Gli oggetti non si configurano piú, tendenzialmente, come pertinenze delle persone, ma acquistano una vita autonoma che si fonda sulla possibilità di determinare astrattamente, cioè indipendentemente dal possessore, il loro valore. Solo da questo momento i beni possono essere confrontati reciprocamente e globalmente in maniera sistematica senza passare attraverso la dimensione delle qualità personali.

La logica sottesa al modo con cui vengono regolati i rapporti tra entità misurabili con precisi parametri si presenta del tutto diversa da quella «scienza del concreto» che regge la consuetudine. Le nuove norme vanno infatti adeguate ai sistemi di misurazione in maniera quantitativa e astratta e debbono contemplare tutte le possibili combinazioni in cui vengono a trovarsi i beni tra loro. Ma la distruzione della qualità dei beni a vantaggio della quantità porta con sé anche l'eliminazione progressiva delle qualità per cui le persone si differenziano. Come in certi catasti (quello tavolare austriaco, ad esempio), sono i beni che individuano le persone e conferiscono loro una nuova dimensione che tende ad uguagliare gli individui e a concepire tra essi rapporti astratti analoghi a quelli tra i beni stessi. Un tale sistema si struttura in maniera dal tutto opposta a quello consuetudinario: qui i beni seguono le persone, là invece sono le persone a seguire i beni. I rapporti tra le persone si avviano a scaturire come conseguenza diretta delle relazioni che si instaurano tra i beni (produzione-acquisto-vendita) mentre nell'altro sistema erano i beni a seguire le relazioni personali (parentela-rango-status).

Tuttavia il mondo consuetudinario feudale possiede vitalità e capacità di resistenza, dato che vi è sottesa una visione della totalità vissuta e riproposta continuamente nella vita concreta. Il suo modo di intendere la relazione uomo-beni riesce quindi a penetrare anche dove si verificano delle spinte che conducono nella direzione opposta. Il senso parentelare e la solidarietà di gruppo sono, ad esempio, l'elemento caratteristico della compagnia fraterna veneziana e dell'albergo genovese. Nel primo caso i fratelli mantengono indiviso il patrimonio del padre che rimane affidato per l'amministrazione al maggiore di essi. Solo il minore contrae matrimonio per mantenere intatto il patrimonio e ritrasmetterlo ad una nuova generazione [Molmenti 1905, I, p. 120]. A Genova, dove peraltro rimase il senso della patria potestà visibile in certe disposizioni testamentarie [Belgrano 1875, pp. 409-26], «ogni famiglia, ovvero piú casati riuniti in albergo (imitazione di consorzi assai piú antichi marchionali e viscontili, e di che si ha memoria a partire dal secolo XIV), possedeva una stanza pubblica, detta loggia, dove adunavansi di giorno e di notte, vuoi per conversare e vuoi per trattar negozi» [*ibid.*, p. 46]. All'interno di tale gruppo collettivo venivano contratti i matrimoni, «non semplici alleanze ma legami di sangue atti a rinforzare i vincoli contrattuali che legavano genovesi di diversi gruppi di lignaggio nel piú comprensivo albergo» [Hughes 1976, p. 945]. Il consiglio del lignaggio (albergo) esercitava quindi una sovrintendenza generale sia sui problemi matrimoniali sia sulle successioni, a tal punto che i mariti provenienti dall'esterno dovettero competere con l'albergo per affermare la loro autorità familiare. E in conclusione «il piú rimarchevole aspetto della pratica testamentaria in tutti i gruppi sociali di Genova non era tanto la sua varietà, quanto la sua coerente aderenza al modello generale dell'eredità consuetudinaria» [*ibid.*].

Anche negli statuti delle *civitates* comunali medievali avvenne un processo analogo. Contro le illusioni di Bartolo che cercava di trovare una unità tra i vari corpi giurisdizionali del suo tempo nella applicazione generale del diritto romano come diritto comune, avvenne invece che «tradottesi molte delle pa-

role feudali con parole tolte alla terminologia romanistica, il senso romanistico di queste fu in parte sopraffatto dal senso feudale di quelle» [Ercole 1932, p. 81]. Il nuovo mondo mercantile cittadino, piú che tendere a rovesciare il sistema esistente, cercava invece di introdurre elementi romanistici nel mondo consuetudinario feudale creando proprie consuetudini (*Constitutum usu* di Pisa del 1160 e *Liber consuetudinum Mediolani* del 1216, primi esempi di questa tendenza). Queste nuove consuetudini locali, che prevalevano su ogni altra regolamentazione compreso il diritto comune romano, contenevano comunque una novità di rilievo. In molti casi gli abitanti delle città instaurarono un nuovo sistema di relazioni individuali, inserendo il singolo in una associazione che radunava coloro che svolgevano la medesima attività, dotandola di regole e autorità proprie (corporazioni). Tale fenomeno si sviluppò soprattutto a Firenze per il peso che ebbero le varie attività manifatturiere nella vita del Comune. La nascita e lo sviluppo delle Arti (maggiori e minori) portò a concepire i reciproci legami all'interno della vita politica ed economica come rapporti tra «parti», e non piú quindi tra individui, che si identificavano non sui legami di parentela ma piuttosto sul piano delle attività economiche svolte. Per quanto gli statuti delle varie Arti riecheggiassero ancora una visione di tipo familiare nelle relazioni tra garzoni e maestri, la novità stava soprattutto nella dimensione dei rapporti tra Arti che venivano patteggiati tra «parti» rappresentative di attività generali e non di famiglia o lignaggi. In Italia, comunque, il sistema non resse per la forte conflittualità che generò; la fine del tumulto dei Ciompi nel 1378 può essere indicata come la data che bloccò definitivamente le innovazioni apportate nel sistema giuridico dalle corporazioni. Da questo momento l'estensione del metodo contrattuale avverrà solamente o quasi nell'ambito delle attività mercantili e commerciali. In tal modo per tutto il periodo che si estende fino alla rivoluzione francese si assiste in certe regioni dell'Europa continentale alla esistenza di diverse forme consuetudinarie (quella feudale vera e propria e quella comunale) e al distendersi del negozio giuridico e del contratto romanistici nel campo delle nuove attività economiche, nell'ambito cioè del diritto commerciale e privato.

La coesistenza dei due sistemi è durata quindi a lungo, ma la conflittualità non è mai venuta meno anche se si è presentata in maniera diversa da luogo a luogo. In Italia la varietà delle situazioni politiche, l'esistenza delle autonomie comunali e cittadine nel Nord conservatesi anche durante le alterne vicende politiche, alcuni caratteri delle *universitates* nel Sud hanno contribuito a mantenere al di sotto di un livello critico gli antagonismi. E non va sottaciuto anche un altro fattore, certo non ultimo: il ristagno delle attività economiche «moderne» che portavano con sé l'esigenza di erigere su altre basi l'associazione umana. Il carattere variegato e composito della realtà italiana, la possibilità di entrare e uscire da certi sistemi giuridici ha contribuito a procrastinare il punto di massima tensione.

Il contrario avvenne in Francia dove l'espandersi delle attività economiche e nuovi modi di intuire l'organizzazione generale della società si urtarono contro una feudalità particolarmente robusta e forte. I due sistemi rimasero nettamente separati senza possibilità di integrazioni; gli antagonismi si accumularono

fino allo scoppio del 1789, che determinò l'estinzione totale del mondo consuetudinario in Francia e in buona parte del continente per le conseguenze di quell'avvenimento sulla storia europea. La norma fondamentale posta a base del nuovo ordinamento rinviava pur sempre alla persona, ma a un livello di massima astrattezza: la natura dell'uomo dotata di diritti imprescrittibili e inalienabili. Il fine sotteso era chiaramente quello di svincolare il comportamento associato dal preesistente sistema di relazioni consuetudinarie radicate nella parentela per farlo dipendere invece da un valore assoluto e autonomo nei confronti degli individui. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1791) obbediva a questo principio di separazione dei diritti individuali dalle persone, soprattutto nei suoi primi quattro articoli, e fondava tutta la serie di relazioni interindividuali sulla concezione di una uguaglianza originaria e connaturata all'uomo in quanto tale. Con la teoria dei diritti naturali l'uomo veniva dunque concettualmente parificato alla considerazione che si aveva dei beni; egli è anzi da questo momento in avanti il bene per eccellenza. Ma quest'uguaglianza assoluta è affermata solo nell'atto originario; al pari del valore, che esiste in tutti i beni e che permette di farne una comparazione ma che si presenta in quantità diverse in ogni singolo bene, l'uguaglianza filosofico-giuridica sanziona le differenze quantitative di fatto che esistono tra gli uomini, le postula dal momento che essa non è un fine ma l'inizio. Per correggere questa visione altri ha tentato di reimmettere la persona nella sua esistenza storica, partendo da questa visione per creare una nuova concezione giuridica [cfr. Jhering 1877], o ne ha rovesciato completamente i termini ponendo l'uguaglianza come fine, come appunto Marx, per cui «il totale di queste relazioni di produzione costituisce la struttura economica della società, il vero fondamento su cui sorgono le sovrastrutture giuridiche e politiche e a cui corrispondono forme determinate di coscienza sociale» [citato in Kelsen 1955, trad. it. p. 5].

Al di là delle diversità che emergono nelle varie teorie dell'Ottocento e del Novecento, rimane comunque il fatto che i nuovi sistemi dei rapporti generali di qualsiasi codice moderno contengono al fondo questa comparazione tra uomini e beni. Su questa base si sono venuti costruendo i nuovi sistemi giuridici, tendenzialmente assiomatizzati, che ad essa rinviano, pur senza dirlo e senza porlo espressamente alla base del loro sistema logico; ed è chiaro che in tale struttura logica la consuetudine, con il suo modo di organizzare la società partendo dal concreto della parentela, si presenta come una forma di resistenza al nuovo, come, in definitiva, un atteggiamento di conservazione dell'*ancien régime* nelle relazioni politiche, economiche, giuridiche e sociali. L'*homo oeconomicus*, che comincia a prendere la sua forma attuale nelle pagine di Adam Smith nella sua *Wealth of Nations* (1776), si muove seguendo itinerari di relazioni ben diversi da quelli del nobile feudatario polacco, cosí ben delineato da Witold Kula [1962], per il quale le sue relazioni sociali stanno a fondamento della sua mentalità economica.

5. *La «common law».*

Tuttavia l'Inghilterra e i paesi anglosassoni sembrerebbero contraddire tali conclusioni. In quest'area il sistema giuridico basato sulla consuetudine ha infatti continuato a regolare la società fino ad oggi; per di piú Inghilterra e Stati Uniti, nell'ordine, sono stati i primi protagonisti proprio della rivoluzione industriale che ha «rovesciato» i parametri della società e che sul continente europeo ha provocato la fine della consuetudine a beneficio dei codici moderni. Ma la contraddizione in realtà è solo apparente. S'è detto infatti che la consuetudine e il sistema consuetudinario rappresentano i modi attraverso cui si è strutturata la società sulla base dei rapporti parentelari, siano essi stati intesi in senso ristretto o in senso allargato. Se quindi la consuetudine, come modo di esprimersi di tali rapporti, si è dimostrata la piú adeguata in certe società, la sua validità in quanto forma si fonda sul principio di analogia, analogia per estensione della relazione padre-figlio nelle società primitive o feudatario-vassallo nella società feudale. Il problema che si pone è dunque il seguente: nella eventualità che il sistema dei rapporti di cui la consuetudine è forma subisca innovazioni o cambiamenti, il principio dell'analogia diviene del tutto incompatibile? La risposta non va assolutizzata, occorre piuttosto cercarla nei modi in cui storicamente si sono articolati i due lati del problema. Nel continente europeo le innovazioni sono state in buona parte o riassorbite nel sistema consuetudinario vigente o sono state tenute ai margini di tale sistema. Da quest'ultima posizione è scaturita la conflittualità globale che ha portato alla rivoluzione francese e ai codici napoleonici.

In Inghilterra, dove peraltro il diritto romano aveva fatto una fugace apparizione ed era sparito del tutto con le invasioni barbariche, per una serie di circostanze storiche il principio dell'analogia venne mantenuto nonostante avvenissero trasformazioni di rilievo nella concezione del sistema di base delle relazioni tra le persone. Allo stesso modo che a Firenze dove gli statuti delle Arti e i rapporti tra le Arti avevano sviluppato il legame interpersonale in un rapporto tra «parti», il sistema giuridico inglese assimilò, sulla base dell'analogia, alla relazione feudatario-vassallo il rapporto proprietario-affittuario. In questa cornice non si trattava tanto di definire la figura del proprietario e dell'affittuario, quanto invece di desumere quali erano i diritti e i doveri reciproci all'interno del rapporto che concretamente si instaurava. Per il principio dell'analogia con le relazioni precedenti non importava la caratterizzazione astratta dell'individuo ma, ancora una volta, il suo status, dal quale risultavano le sue relazioni con gli altri. Analogamente, nell'ambito del diritto pubblico, la *Magna Charta* del 1215 non è che «la formulazione dei doveri inerenti al rapporto giuridico tra il re e i suoi principali vassalli» [Pound 1906, trad. it. p. 25]. Gli status di proprietario-affittuario e di vassallo del re rappresentarono dunque i rapporti a cui ricorse il principio di analogia per regolare relazioni nuove.

Rispetto a certe situazioni consimili del continente europeo, alcune circostanze giocarono a favore del permanere della *common law* in Inghilterra. Anzitutto il precoce affermarsi di una monarchia nazionale e la diminuzione dei poteri dei grandi feudatari, in secondo luogo l'affermarsi di corti di giustizia centralizzate per tutto il territorio inglese e autonome nei confronti del re e infine la formazione di un ceto professionale di giudici, abbastanza unitario e compatto, che procedeva con cautela nelle innovazioni ma che poi, quando le recepiva, applicava l'analogia con giurisprudenza costante. In tal modo s'è detto che la *common law* inglese deriva da una legislazione giurisprudenziale; il che è in buona parte corrispondente alla realtà, dato l'estremo sospetto con cui viene ancor oggi considerata la legislazione parlamentare, l'emanazione degli *statutes*, che essendo veramente innovativa tenderebbe a sovrapporsi al sistema consuetudinario basato sull'analisi del precedente.

Negli Stati Uniti la trasposizione del sistema della *common law* inglese avvenne con caratteri propri e, per certi aspetti, diversi. Lo spirito puritano ebbe gran parte in questo modo peculiare di intendere il sistema giuridico. Sfuggiti da una condizione che essi ritenevano opprimente, i *pilgrims* desunsero dal rapporto di proprietà soprattutto i diritti inerenti al proprietario che dovevano essere rispettati ovunque. Ne scaturí una concezione assai individualistica del proprietario come detentore di diritti assoluti, pari allo *ius utendi et abutendi*; una visione ugualmente individualistica delle norme che ne derivavano che dovevano intendersi ed applicarsi in modo letterale; una diffidenza di fondo verso qualsiasi forma di potere politico che poteva limitare questa serie di diritti, e infine uguali diffidenze verso le fonti di produzione giuridica e verso i giudici, dato che entrambi potevano alterare tali diritti. La *case law*, norma concreta e scritta ma non adottata in forza di legge, fu considerata quindi una *strict law*, una legge da applicare ma non da interpretare equitativamente.

L'importanza di questa impostazione data dai puritani si rivelò al momento della formazione degli Stati Uniti, quando si dovette inventare un originale assetto dello Stato dal punto di vista giuridico. I singoli Stati ebbero una grande autonomia legislativa rispetto al parlamento federale, tuttavia entrambi usavano in modo assai moderato il potere di emanare *statutes* per il vasto funzionamento del principio dell'analogia nelle corti. Qui la concezione individualistica trionfava nel ridurre il giudice ad applicare rigidamente il precedente mentre grande spazio veniva riservato agli avvocati, che costituirono la potente American Bar Association e che divennero gli specialisti nella ricerca del precedente nell'enorme massa delle sentenze emesse. Il principio consuetudinario cosí inteso trovò accoglimento nel VII emendamento della costituzione federale; attualmente il campo della *case law* si estende ai «contratti, responsabilità civile, mandati, amministrazioni fiduciarie, proprietà», in pratica in buona parte del diritto privato [Mayers 1964, trad. it. pp. 411-12].

In entrambi i paesi la crisi del sistema consuetudinario, cosí inteso, subentrò con la rivoluzione industriale in quella parte che riguardava la pattuizione dei salari tra datori di lavoro e lavoratori. Soprattutto negli Stati Uniti si verificò una grave frattura tra la nuova realtà da un lato e, dall'altro, il principio del proprietario come padrone assoluto nel suo ambito e del rapporto giuridico come espressione della libera volontà di due individui e non di masse. L'applicazione

in senso letterale del precedente portava ad esempio ad escludere la contrattazione collettiva (datori di lavoro - lavoratori) sul salario e sulle altre questioni attinenti al mondo del lavoro nell'industria. La crisi di tutto il sistema giuridico verso la fine del secolo scorso venne in parte risolta con la legislazione rooseveltiana degli inizi del secolo successivo e in maniera piú decisiva con il New Deal degli anni '30.

Alla lunga il sistema consuetudinario ha dunque retto nei paesi anglosassoni (compresi anche Canada, Australia, Nuova Zelanda); il metodo usato per non renderlo incompatibile con i nuovi sistemi di relazione va identificato nel significato rinnovato che è stato conferito al rapporto giuridico. Si è passati in tal modo da re-feudatario e da feudatario-vassallo a proprietario-affittuario, per giungere infine a datori di lavoro - lavoratori nell'epoca contemporanea; e via via da questi rapporti principali sono state desunte tutte le situazioni che potevano scaturire applicando l'analogia con il tramite delle corti. La visione complessiva che propongono i sistemi anglosassoni, pur con la loro varietà, sta nella preminenza accordata all'esistenza, al prodursi di certi rapporti nella realtà delle relazioni umane e nel riconoscimento che essi ricevono nel momento in cui essi diventano di rilievo. Il diritto assume pertanto anche una dimensione territoriale importante (come negli Stati Uniti), dato che questi rapporti possono presentarsi in maniera diversa o essere considerati in maniera diversa da luogo a luogo. La concezione dogmatica del diritto resta per principio esclusa, ma può ripresentarsi, come è avvenuto negli Stati Uniti a fine Ottocento, di fatto quando una certa classe vuole fissare un rapporto come assoluto e immodificabile, escludendo nuove analogie.

6. *Conclusione.*

Quanto detto porta a ritenere che si debba negare l'ipotesi per cui consuetudini e norme positive si presentino come due stadi, un *ante* e un *post* nella linea di evoluzione sia del diritto sia della regolamentazione dei rapporti umani.

In primo luogo non esiste un continuum per cui sia possibile sostenere una *modernità* contro una *primitività*. È solo questa infatti la condizione che permette di sottolineare la funzione razionalizzatrice della norma nei confronti della consuetudine. Se invece si scarta l'idea del continuum, si pongono le basi per l'analisi interna e totale di quelle che si offrono come le forme con cui vengono regolati due diversi sistemi di relazioni umane, che sottendono due modi generali di vivere e soprattutto due logiche, di cui la consuetudine e la norma positiva non sono che un'espressione, un modo di apparire. Due sistemi giuridici, in definitiva, con proprie regole formali e con una propria struttura generale, che va identificata usando processi diversi.

In secondo luogo la *common law* sta a mostrare come non esista una incompatibilità assoluta tra una forma e il sistema di cui essa è espressione, almeno in questo campo. La forma può rimanere aderente al suo principio originario (l'analogia per la consuetudine) anche se mutano i sistemi di relazioni sottostanti,

purché essa sappia inserire le innovazioni. E una tale capacità dipende dal meccanismo generale in cui la consuetudine si trova inserita. Quel che fu impossibile all'Europa, fu invece realizzato in Inghilterra e nell'America del Nord, dove nuovi sistemi di relazioni riuscirono per parte loro ad essere concepiti sulla base del sistema abituale, mentre la forma per parte sua riuscí a dar loro una collocazione senza venir meno al modo con cui si era strutturata.

Quest'ultima ipotesi si presenta con grande rilievo. Esiste una vasta area del mondo in cui sussistono ancora sistemi di relazione basati sul metodo consuetudinario antico. Basti pensare alle estensioni dell'America andina e amazzonica, a molte zone dell'Africa e dell'Asia. In questi luoghi si verifica spesso, e con una concretezza a volte drammatica, il contrasto fra sistema tradizionale e sistema dei codici. Esso è in buona parte un'eredità del periodo coloniale e della politica dell'imperialismo, ma non bisogna nascondersi che esso è anche spesso, oggi, il frutto di una visione politica che imputa il progresso all'estirpazione della società tradizionale. Per una serie di circostanze, in Europa il disegno di una società diversa poteva realizzarsi solo a condizione che venisse sradicato del tutto l'*ancien régime*. È difficile credere che questa condizione potesse essere evitata alla fine del Settecento. Ma è tutt'altra cosa affermare che questa via rappresenti un modello.

Il problema, dunque, non sta nel porsi nel mezzo di una linea che si diparte in due direzioni: verso il progresso da un lato e verso la stagnazione o il regresso dall'altro. Il mondo delle consuetudini può, al contrario, offrire potenzialità di grande portata perché non strappa con forza l'uomo ai suoi orizzonti esercitando una violenza che tutto il mondo coloniale ha conosciuto in certe aree. L'eliminazione della storia passata di un popolo costituisce sempre un prezzo altissimo, che va tenuto presente nel mondo politico. Del resto questo mondo delle consuetudini, sempre piú intaccato, non è tuttavia scomparso; al fondo esso rappresenta veramente millenni di vita umana. In non pochi casi, come ad esempio negli altipiani andini [Mariátegui 1928], certe realtà consuetudinarie, come nella coltivazione delle terre e nella redistribuzione del prodotto, andrebbero, con vantaggio assai probabile, riconvertite a nuovi obiettivi utilizzando le stesse forme.

Del resto il mondo contemporaneo europeo sta rivivendo una regolamentazione consuetudinaria, intendendo con ciò la capacità delle «parti» di stabilire rapporti da cui derivino conseguenze che esse ritengono norme giuridiche a tutti gli effetti. I contratti collettivi di lavoro ne costituiscono certo l'esempio piú importante. Sono le parti stesse che definiscono i reciproci diritti-doveri in un contratto che per esse ha valore di legge. E tale regolamentazione autonoma dei rapporti trova ormai un'applicazione assai vasta ed estesa per analogia tutte le volte che due parti, composte da persone che si trovano ciascuna nella stessa situazione, nell'identico status (imprenditore-lavoratore, come situazione tipo), si incontrano per accordarsi sul modo di intendere la loro relazione collettiva. Ed è la consuetudine stabilitasi a far accedere le parti alla ridefinizione dei rapporti e a farli ritenere vincolanti.

Da ciò si apre un vasto campo di autoregolazioni collettive che conferisce

una nuova concezione della produzione ed esecuzione delle norme giuridiche, e che si rifà, in definitiva, al concetto di rapporto giuridico della *common law* inglese. La consuetudine, in quest'ottica, dimostra ancora tutta la sua validità, perché, come ha sostenuto Alexis de Tocqueville, gli usi, in generale, seguono le idee piú da presso che non facciano le leggi. [G. P.].

Balossini, C. E.
1974 *Il diritto delle consuetudini e degli usi*, Giuffrè, Milano.

Belgrano, L. T.
1875 *Della vita privata dei Genovesi*, Istituto Sordomuti, Genova 1875².

Benveniste, E.
1969 *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1976).

Bobbio, N.
1961 «Consuetudine (Teoria generale)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, pp. 426-42.

Calasso, F.
1949 *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medioevale*, Giuffrè, Milano 1949².
1954 *Medio Evo del Diritto*, I. *Le fonti*, Giuffrè, Milano.

Colorni, V.
1959 *Il territorio mantovano nel Sacro Romano Impero*, I. *Periodo comitale e periodo comunale (800-1274)*, Giuffrè, Milano.

Craveri, P.
1969 *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII-XVI)*, Giuffrè, Milano.

Douglas, M.
1963 *Techniques of Sorcery Control*, in J. Middleton e E. H. Winter (a cura di), *Witchcraft and Sorcery in East Africa*, Routledge and Kegan Paul, London.

Ercole, F.
1932 *Da Bartolo all'Althusio*, Vallecchi, Firenze.

Evans-Pritchard, E. E.
1965 *The Position of Women in Primitive Societies and Other Essays in Social Anthropology*, Faber, London (trad. it. Laterza, Bari 1973).

Geymonat, L.
1977 *Scienza e realismo*, Feltrinelli, Milano.

Gille, B.
1964 *Les ingénieurs de la Renaissance*, Hermann, Paris (trad. it. Feltrinelli, Milano 1972).

Goody, J.
1972 *The Myth of Bagre*, Clarendon Press, Oxford.

Heichelheim, F. M.
1958 *An Ancient Economic History*, Sijthoff, Leiden (trad. it. Laterza, Bari 1972).

Hoebel, E. A.
1967 *The Law of the Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge Mass. (trad. it. Il Mulino, Bologna 1973).

Hughes, D. O.
1976 *Struttura familiare e sistemi di successione ereditaria nei testamenti dell'Europa medievale*, in «Quaderni storici», n. 33.

Jhering, R. von
1877 *Der Zweck im Recht*, vol. I, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1893³ (trad. it. Einaudi, Torino 1972).

Kantorowicz, H.
1958 *The Definition of Law*, Cambridge University Press, London (trad. it. Giappichelli, Torino 1962).

Kelsen, H.
1955 *The Communist Theory of Law*, Praeger, New York (trad. it. Comunità, Milano 1956).

Kroeber, A. L., e Kluckhohn, C.
1952 *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*, Harvard University Press, Cambridge Mass. (trad. it. Il Mulino, Bologna 1972).

Kula, W.
1962 *Teoria ekonomiczna ustroju feudalnego. Próba modelu*, Pánstwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa (trad. it. Einaudi, Torino 1977³).

Lévi-Strauss, C.
1962 *La Pensée Sauvage*, Plon, Paris (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1964).

Lévy-Bruhl, L.
1910 *Les Fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Alcan, Paris.
1922 *La mentalité primitive*, Presses Universitaires de France, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1966).

Maine, H. J. S.
1861 *Ancient Law*, Murray, London.

Malinowski, B.
1926 *Crime and Custom in Savage Society*, Kegan Paul, Trench and Trubner, London (trad. it. Newton Compton, Roma 1972).

Mariátegui, J. C.
1928 *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Biblioteca «Amanta», Lima (trad. it. in *Sette saggi sulla realtà peruviana e altri scritti politici*, Einaudi, Torino 1972, pp. 41-342).

Mauss, M.
1923-24 *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, in «Année Sociologique», serie II, tomo I; ora in *Sociologie et anthropologie*, Presses Universitaires de France, Paris 1950 (trad. it. Einaudi, Torino 1965).

Mayers, L.
1964 *The American Legal System*, Harper and Row, New York (trad. it. Giuffrè, Milano 1967).

Molmenti, P.
1905 *La storia di Venezia nella vita privata, dalle origini alla caduta della Repubblica*, Istituto italiano d'arti grafiche, Bergamo.

Pepe, G.
1963 *Il Medio Evo barbarico d'Italia*, Einaudi, Torino 1973⁵.

Polanyi, K., e altri
1957 (a cura di) *Trade and Market in the Early Empires*, Free Press, Glencoe Ill.

Pound, R.
1906 *The Spirit of the Common Law*, Boston Books, Boston; ed. 1921² Marshall Jones, Boston (trad. it. Giuffrè, Milano 1970).

Radcliffe-Brown, A. R., e Forde, C. D.
1950 (a cura di) *African Systems of Kinship and Marriage*, Oxford University Press, London.

Thurnwald, R.
1931-34 *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethnosoziologischen Grundlagen*, De Gruyter, Berlin.

Tönnies, F.
1887 *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirische Culturformen*, Reisland, Leipzig (trad. it. Comunità, Milano 1963).

Verlinden, J.
1969 *Coutumier, Manuel et Jurisprudence du droit Zande*, Université Libre, Bruxelles.

Vismara, L.
1941 *Storia dei patti successori*, Vita e Pensiero, Milano.

Nell'ambito del **diritto** la consuetudine viene spesso considerata come un residuo del passato e pertanto opposta alla **legge** scritta o alla **norma** positive, proprie di un **sistema** le cui **istituzioni**, e soprattutto il complesso definito **giustizia**, poggiano su un complesso di regole assiomatizzate (cfr. **assioma/postulato**) e coerenti (cfr. **coerenza**) che formano il **codice**. Ad una simile visione, che delinea una **evoluzione** della sfera giuridica dall'intreccio di comportamenti magico-religiosi (cfr. **magia, religione**) di tipo tradizionale (cfr. **tradizioni**) alla maturità giuridica contemporanea, secondo un andamento parallelo all'idea che vede l'**uomo** passare da uno stadio **primitivo**, selvaggio o barbaro, ad uno civilizzato (cfr. **selvaggio/barbaro/civilizzato**), si oppone l'interpretazione per cui la consuetudine costituisce il modo con cui si manifesta globalmente un sistema sociale che fonda la sua **struttura** sulla **parentela** e sulla **famiglia**, sul **ruolo/status** dell'individuo e su una relazione uomo-beni che vede questi ultimi come pertinenze personali. Occupando quindi un ruolo cosí centrale, la consuetudine non inerisce al solo campo del **comportamento e condizionamento**, ma si presenta come una forma di **apprendimento**, di **conoscenza** e di **informazione**.

Il sistema che essa sottende si è dunque verificato sia nelle società con trasmissione orale (cfr. **orale/scritto**) del **segno** sia in quelle, come la società feudale, che invece usavano la **scrittura**, perché analoga era la preoccupazione di fondo: regolare anzitutto le relazioni interpersonali e considerare i beni (cfr. **proprietà**) come pertinenze e qualità della **persona**.

La rivoluzione commerciale e industriale (cfr. **borghesi/borghesia** e **produzione/distribuzione**) ha invertito il rapporto fra l'uomo e i beni, ha disgregato il fondamento parentelare-personale e ha parificato gli individui ponendo le basi per regolare i rapporti nella forma astratta dei codici moderni, relegando la consuetudine nel passato. Solo la *common law* anglosassone è invece riuscita a conservare il principio dell'analogia, base della consuetudine, in quanto ha saputo adattare (cfr. **adattamento**) la forma consuetudinaria, estendendone il significato ai nuovi rapporti economici emergenti.

Diritto

1. *Esperienza giuridica.*

Nell'area linguistica indoeuropea manca una matrice comune ai vocaboli che significano «diritto». In questa lacuna Rudolf Jhering [1894, pp. 73 sg.] vede un sintomo d'amorfismo giuridico – regole di convivenza ancora involute nel costume religioso – ma la conclusione contiene piú di quanto stia nelle premesse: indubbiamente, se qualche curioso avesse composto una mappa di cose del tipo su cui indagano i giuristi, classificandole in generi e specie [su tale griglia metodologica nell'ambiente greco-romano, cfr. Talamanca 1977], dal lavorio selettivo sarebbe uscito un nome astratto; il vuoto lessicale ne segnala uno logico, senonché il modello concettuale d'una tecnica operativa di solito nasce tardi, dalla riflessione su pratiche in cui la gente ha acquisito ragguardevoli abilità; i dialetti, ad esempio, ubbidiscono a convenzioni grammaticali, sebbene nel lessico manchi un nome corrispondente a «grammatica»; niente esclude, dunque, che la società indoeuropea preistorica fosse «ordinatissima, rispettosa delle consuetudini tramandate o delle regole imposte dal capotribú» [Devoto 1966, p. 123]. Anche la produzione giuridica sottintende una «grammatica generativa» e può darsi che l'utente non lo sappia, nel senso d'una conoscenza introspettivamente esplorata, anzi è molto probabile: questi meccanismi stanno al di sotto del lavoro psichico conscio; quando poi se ne parla, va calcolato il rischio d'un altrettanto inconsapevole falso storico o critico [Chomsky 1965]. Già Kirchmann nota come il diritto, dato costante d'ogni vita comunitaria, non implichi affatto una giurisprudenza [1848, trad. it. pp. 5 sgg.].

1.1. Le figure.

Nella nomenclatura giuridica dei singoli idiomi troviamo due immagini, un ordinamento spaziale delle cose e un'energia che lega. Il sostantivo greco νόμος 'legge', dal verbo νέμειν 'spartire', implica una νομοθεσία 'atto legislativo', ma negli strati profondi del concetto quel rapporto non esce dal gesto d'un legislatore identificato in Zeus: su tutto quanto sta nel mondo, dèi, uomini, cose animate e inanimate, regna la Moira, un equilibrio statico originario e impersonale [Cornford 1912, ed. 1957 pp. 12-37]. Il latino *nemus*, che in lingua profana significa 'bosco', prima designava uno spazio sacro delimitato da alberi. In sanscrito *dharma* e in greco θέμις, θεσμός, θέσις evocano l'inerzia rappresa in questo sistema di rapporti: «legge» suona come la formula d'uno stato di cose definitivamente incardinato; in Parmenide [Diels e Kranz 1951, 28, B.8] Dike non concede nascita né morte all'Essere. La metafora spaziale torna attenuata nell'umbro *medos* 'misura', da cui *modus*, e, nettissima nel riferimento a una linea retta, in *Recht*, *right*, *droit* 'diritto'.

In quanto implica di stasi, limiti, ordine fisso, l'idea arcaica di legge coglie

un aspetto del fenomeno: il secondo emerge dal flusso dei fatti; in ogni pratica giuridica regna una tensione dialettica di modello – adempimento – condotta inadempiente. Il quadro sociale come campo d'impulsi, *nexum*, *obligatio*, *contractus*, *pactum*, *vinculum*, nonché i termini contrapposti *solutio*, e *liberatio*, alludono a una δύναμις [Wagenvoort 1947, in specie pp. 128 sgg.]: qualcuno la subisce, qualcuno la scatena, disponendone secondo date regole; è una nomenclatura reminiscente di violenze non metaforiche spiegate sul corpo dell'obbligato in ceppi [Jhering 1894, pp. 81-86], ma l'immagine del fluido invisibile, poi sostituita a quella d'una *manus injectio*, appartiene già al primo nucleo d'esperienza giuridica. Il latino *jus* corrisponde al vedico *yoh* 'formula di salvezza', e dei due è il secondo, verosimilmente, che contiene lo strato semantico piú antico; sembra plausibile che uno strumento di causazioni magico-religiose sia l'immediato ascendente della prassi giuridica; sintomi di tale genealogia nel verbo *jurare* e nel gerundivo *jus jurandum* [Devoto 1958, pp. 100 sg. e 116 sgg.]: anche oggi la parte che giura vince, avendo emesso una formula a effetti irresistibili.

Il formalismo giuridico nasce in uno sfondo d'*invisibilia*: gesti e battute puntuali, un tempo esattamente scandito, azioni sceniche fortemente mimetiche; l'atto rituale, dalla consacrazione d'un tempio ai *verba* dei negozi solenni *per aes et libram*, riesce efficace *ex opere operato*, come dicono i teologi in tema di sacramenti, secondo la vicenda automatica d'energie esterne all'attore; di suo, l'agente mette la tensione psichica richiesta da una *performance* fedele al modello, in ogni passo verbale o mimato, perché qualunque lapsus pregiudica l'effetto: se, ad esempio, il consacrante «dixit aliquid verbis haesitantibus» o ha toccato lo stipite «tremebunda manu», «certe nihil rite, nihil caste, nihil more institutoque perfecit» [Cicerone, *De domo sua*, 52, 134].

La deflazione del sacro attenua e alla fine dissolve quel rigore di forme: il gesto viene assorbito in un'economia espressiva dove la parola serve da veicolo a messaggi descrittivi o a sobrie dichiarazioni cosiddette di volontà; il tono prosastico estenua quanto resta di valenza drammatica; un'analisi disincantata scova dei termini medi nelle vecchie alternative assolute; il rituale tende a figure d'atti dalla forma piú o meno libera, eseguibili in vario modo purché sia palese il senso di quel che si fa. I relitti dell'epoca sacrale diventano teatro, come in questa scena di vita giudiziaria sassone: il 26 settembre 1666 Catharine Schubert, un'infanticida di ventitré anni, subisce la liturgia del Hegung und Haltung davanti a un Hochnotpeinliches Halsgericht, una messinscena che simula l'antico Sachsenspiegelprozess auf Gerüfte und handhafte Tat, equivalente al nostro procedimento direttissimo nel caso di delitto flagrante, sopravvissuta in Sassonia fino al secolo scorso: presiede il dottor Wolffgang Heinrich Drewer; uno script cerimoniale regola ogni mossa; il presidente legge da un testo manoscritto a lettere ornate che imitano i caratteri di stampa; identificata la «povera peccatrice», Herr Stadtrichter e gli assessori fingono una laboriosa consultazione, vanno su e giú, confabulano intorno al tavolo, annuiscono, tornano alle sedie come se avessero deliberato la sentenza, ma era già avvenuto tutto; lo Schöppenstuhl di Lipsia, un collegio i cui responsi vincolano i giudici di merito, aveva stabilito che l'imputata fosse affogata in un sacco; il solo atto necessario in linea giuridica all'esecuzione capitale, solennemente inscenata seduta stante, è la sentenza che lo Stadtrichter emette leggendo il dispositivo comunicatogli dagli scabini; il resto è gioco scenico; recitano a soggetto anche tre borgomastri, sebbene non siano Gerichtsbeisitzer, senonché niente in questa festa patibolare somiglia alla terribile serietà degli atti rituali che modificano il mondo; i recitanti sono consapevoli della finzione; Catharine Schubert sarà messa in un sacco e affogata perché lo hanno stabilito i sapienti togati dello Schöppenstuhl di Lipsia, tale essendo il supplizio di solito inflitto alle infanticide [Boehm 1942, p. 308]. Spento il fasto barocco dello spettacolo penalistico, il teatro giuridico subisce un graduale affievolimento dei contenuti di fantasia; niente d'irreversibile, ovviamente, come in ogni evento legato al metabolismo psichico collettivo: alla prima alluvione mistica viene a galla lo stile giuridico arcaico. C'è un sedimento animistico nelle metafore della lingua tecnica, immagini d'alto rendimento in economia descrittiva, di fatto insostituibili (dette in chiave oggettiva, le stesse cose esigono circonlocuzioni che suscitano un sospetto d'irrealtà): la revoca «estingue» il mandato; la proprietà della cosa venduta «passa» da Mevio a Filano come un'entità invisibile che delle parole dislocano nello spazio; il pagamento «libera» chi lo esegue; la procura costituisce dei poteri «in capo» al rappresentante.

Il nucleo semantico primitivo allude a un ordinamento spaziale delle cose: tale il senso del vocabolo μοῖρα [Greene 1944, ed. 1963 pp. 10-28 e 401 sg.] nella protesta di Posidone quando Zeus ordina che non combatta piú a fianco degli Achei e Iris gli notifica l'ordine; è un gesto arrogante, eccepisce il destinatario; i tre figli di Crono e Rea, Zeus, lui e Ade, si sono spartiti il mondo tirando a sorte cielo, mare e inferi; dunque, «Zeus stia quieto nel suo terzo» [*Iliade*, XV, v. 195]. Da statica la prospettiva diventa dinamica nell'ipotesi d'una trasgressione: l'equilibrio sconvolto va restaurato; l'idea di contrappasso implica una serie temporale, la sequela di due avvenimenti; il secondo compensa il primo [Kelsen 1943, trad. it. pp. 77 sgg., 97 sgg., 385 sgg.].

Anassimandro postula un movimento ciclico: «Le cose periscono in quelle da cui sono nate, necessariamente; ognuna espia l'ingiustizia pagando quanto deve all'altra, secondo l'ordine del tempo» [Diels e Kranz 1951, 12, B.3]. I due tempi del processo sembra che ne sottintendano un terzo [Cornford 1912, pp. 8 sgg.]: le matrici in cui le cose affondano sono i quattro elementi, terra, aria, acqua, fuoco, distinti in masse omogenee, ma già tale distribuzione costituisce un incidente nell'economia cosmica, in quanto altera lo stato fisiologico dell'essere indistinto nonché, soggiunge Aristotele, «ingenerato e incorruttibile». Sia o meno diagnosticabile nello sfondo l'assunto, non greco, secondo Werner Jaeger [1936, trad. it. pp. 299 sg.], dell'individuazione come apostasia metafisica o peccato originale, questo passo definisce un processo naturale in chiave giuridica: le cose contendono in giudizio, giudice il tempo; la decisione elide l'ἀδικία, secondo un motivo di giustizia immanente già proposto da Solone [fr. 1, 17-32] nel contesto della storia umana. Anassimandro lo proietta nell'universo.

La vicenda semantica di αἰτία – l'idea di causa involuta in quella di colpa – illumina una visione sociomorfa del κόσμος: la chiave universale spiega ogni avvenimento definendone il valore; non esistono zone grige o momenti neutri nella sfera fisico-etico-giuridica; tutto quanto avviene cade sotto segni positivi o negativi. Che ad *a* segua *b* non è un dato statistico o una prognosi avallata dai fatti, ma deduzione ontologica: nella sua forma debole il discorso suona da rilievo empirico («In un dato numero di casi abbiamo constatato come a un fatto ne sia seguito un altro»); qui i singoli casi costituiscono esempi d'una legge («Impossibile che ad *a* non segua *b*»). Il contrappasso svela la ragione etica di tale impossibilità: avviene *b* perché *a* lo merita. L'immagine persiste nelle formule d'un pensiero già scandito secondo modelli causali, ad esempio nei testi del *Corpus Hippocraticum*: τιμωρία significa 'soccorso' e 'castigo' o 'vendetta'; nel commento a un trattato dietetico d'Ippocrate, Galeno lo intende nel primo senso ma affiora un fondo giuridico anche in βοήθεια, nome tecnico dell'evento terapeutico [Jaeger 1947, trad. it. p. 9].

Famoso documento di teoria sociomorfa dei fenomeni di natura un frammento di Eraclito su Elios, le Erinni e Dike: l'astro segue in cielo una rotta definita e guai se deviasse; le Erinni, lunga mano di Dike, lo scoverebbero. Niente prova che sia soltanto una metafora poetica. Nelle fonti arie il tema delle vicende astrali appartiene al nucleo del piú antico concetto di legge: la sequenza giorno-notte è un caso eminente di *ṛta*, l'ordinamento immutabile del mondo; ha un senso normativo quanto avviene in cielo; il movimento ciclico di Ushas, l'aurora, e degli Acvin, la coppia di cavalli in cui un mitologema greco identifica i Dioscuri, ubbidisce a *dhāma*, il sistema incardinato da Varuṇa; si chiamano anche *vrata* queste leggi cosmiche; «la divina Ushas è sempre apparsa, cosí oggi e in futuro»; «non perde mai la direzione, come uno che sappia la formula giusta»; il Sole è *cakramṛtasya*, «la ruota d'un ordine che non finisce mai», *anarva*, perché «gira senza posa», *ajara*, «incorruttibile» [Leist 1884, pp. 188-93]. Una sola legge cosmica regola avvenimenti di natura e rapporti sociali; vengono di lí i paradigmi buono-cattivo: chi la trasgredisce è un *anṛtah*; il «non-sacrificante», essendo *avrata*, ossia privo d'uno stato legale, incappa nella relativa pena; *svadhā*, traducibile in 'costume', designa tanto i puntuali transiti di Ushas in cielo quanto il contegno uniforme degli osservanti quaggiú. L'economia del rapporto dipende da uno scambio (*dehi me dadami e* 'do ut des'), nel senso greco-italico, dove sacrifici e preghiere sono soltanto condizioni del favore divino, o nella prospettiva indiana d'un sinallagma tra uguali, prossimo a modelli di comportamento magico: chiunque esegua il sacrificio e intoni la formula giusta costringe gli dèi all'adempimento [*ibid.*, pp. 196 sgg.]. Anche il legalismo ebraico, almeno fino alla crisi segnata dalla diatriba di Giobbe, muove dal postulato d'una confidenza illuministica nell'efficacia dell'adempimento.

Quest'iconografia giuridica pone un'alternativa: legge preesistente (o almeno connaturata) agli dèi o costituzione fondata da qualcuno di essi. In Occidente la linea di sviluppo punta nel secondo senso. Themis, figlia di Urano e Gea, sebbene conservi qualcosa dell'ordinamento cosmico a cui allude l'ario

ṛta, soprattutto in tema di sesso e famiglia, è l'immagine teomorfa d'un dettato divino: nell'*Odissea* Antínoo, uno dei pretendenti alla mano di Penelope, espone un piano tattico basato sull'assassinio di Telemaco; la proposta suscita un silenzio cogitabondo; Anfínomo, a cui ripugna lo spargimento di sangue reale, suggerisce che la scelta sia rimessa alla volontà degli dèi; se i θέμιστες di Zeus avallano l'ipotesi omicida, lui mette a disposizione il suo braccio, se no meglio desistere [XVI, vv. 363-405]. Minosse giudica i morti tenendo uno scettro d'oro in mano; gli imputati si difendono, seduti o in piedi: il participio presente del verbo θεμιστένειν descrive l'atto imperativo del giudice [*ibid.*, XI, vv. 568 sgg.]. Era definisce Ares «quel pazzo che non conosce legge» [*Iliade*, V, v. 761]. L'oracolo di Delfi svolge una funzione normativa di primo piano svelando i θέμιστες divini. Lo scettro regale è il simbolo di un'autorità delegata da Zeus [*ibid.*, IX, vv. 98 sg.]; al culmine della rissa con Agamennone, Achille lo scaglia in terra; un attimo prima ne parlava come di un'insegna delle norme applicate dai re, investiti dal mandato divino [*ibid.*, I, vv. 238 sg.] d'una giurisdizione vincolata: se prevaricano emettendo decisioni oblique (σκολιὰς θέμιστας), Zeus scatena rovinose alluvioni [*ibid.*, XVI, vv. 384-92]. Le fonti compongono il quadro d'un sistema teocratico: Dike, figura teomorfa della giustizia specificamente terrena, viene al di sotto di Themis nella sequela ascendente dell'ordinamento cosmico; la sfera politica dell'ἀγορά sta al diritto divino in un rapporto da legge comune a costituzione; che l'attività legislativa terrena implichi una norma di competenza celeste, risulta dal modo in cui vi contribuisce Themis convocando e sciogliendo l'assemblea [*Odissea*, II, v. 69]. Insediato al vertice della gerarchia, Zeus discrimina gli istituti dell'ἀγορά in validi o no: invalido, ad esempio, il veto opposto da Creonte alla sepoltura di Polinice, sotto il profilo d'una scandalosa difformità dai paradigmi metapositivi. In secondo luogo, la sanzione divina garantisce l'adempimento delle norme umane; tale meccanismo implica un apparato poliziesco: in Esiodo trentamila demoni buoni vigilano sulle cose di quaggiú; già in vita erano simili agli dèi, uomini nati nell'Età dell'oro; da morti, assolvono in terra una missione di giustizia.

1.2. I fatti.

Dall'analisi empirica esce un quadro piuttosto diverso. In primo luogo, cade il postulato ottimistico che norme e castighi siano eventi naturali come il ciclo notte-giorno: secondo la mitologia del contrappasso, l'ordinamento è un congegno infallibile; gli incidenti d'apparente disordine vi sono sfruttati come occasioni di mosse reattive culminanti in equilibri superiori al piano dell'osservanza animalescamente docile; niente e nessuno evadono dal gioco cosmico; tutto quanto avviene cade nelle figure d'una vicenda prestabilita. Senonché hanno poco in comune la predizione d'un'eclisse e il bando dove Creonte stabilisce che Polinice resti insepolto. La prima è un enunciato di fatto: secondo che l'eclisse avvenga o no, lo qualifichiamo vero o falso; il tempo ha liquidato innumerevoli profezie di fine del mondo. Chiamiamo «prova» un

metodo convenuto in tema di controllo delle ipotesi storiche: quando non ne sia esperibile nessuno, nemmeno attraverso lunghe mediazioni, l'enunciato sfugge alla coppia dei qualificatori vero-falso; i sermoni sull'inferno hanno un senso, talmente truculento che la pedagogia religiosa vi ha costruito potenti istituzioni, ma, in base alle tecniche sperimentali note, non sono verificabili né falsificabili, sebbene alcuni argomenti (ad esempio la storia psicologica delle relative immagini) li segnalino come alquanto improbabili. Insensata invece l'affermazione che l'editto di Creonte sia vero, falso o probabile in una data misura.

«Nessuno seppellisca Polinice» è una frase imperativa. Anzitutto va stabilito se corrisponda all'atteggiamento volitivo di chi l'ha emessa: la cosa cambierebbe, rispetto a come la racconta Sofocle, se Creonte parlasse male il tebano o fosse un commediante, ma al lume di quanto sa del partner, Antigone non concepisce il minimo dubbio sul significato del messaggio. La seconda questione investe il valore pratico del comando. Tolti i casi d'affascinamento, dove la parola spiega un effetto agogico, gli imperativi valgono poco o tanto secondo l'intensità degli impulsi cospiranti alla condotta richiesta. A un'indagine macroscopica, tali motivi risultano disinteressati o egoistici: nel primo caso lo *jubens* specula sul fatto che la cosa comandata corrisponda a un dato sistema di valori nel mondo mentale del destinatario; se Antigone fosse convinta che l'interesse di Tebe venga al primo posto, un'idea simile fungerebbe da antagonista agl'impulsi di pietas familiare. Dai possibili motivi egoistici dell'adempimento escludiamo quelli che in ogni caso inducono l'atto in questione, sia o meno comandato: tali operazioni stanno su un piano di pura economia; il fenomeno normativo assume un'identità distinta in quanto l'adempimento costi qualcosa in repressione, distogliendo l'osservante da una linea di preferenze istintive. Creonte ha iniettato nei sudditi un potente stimolo a ubbidire: il bando commina la morte a chiunque compia atti intesi alla sepoltura di Polinice; la forma della condotta criminosa va dal tentativo al delitto consumato, puniti in ugual modo. Notiamo come il puro e semplice comando sia soltanto un'espressione di desiderio, dunque una mossa debole nella partita sociale: se non viene in gioco nient'altro, l'imperativo secco svela un'indigenza paragonabile al sussulto allucinatorio dell'affamato o assetato; isolati dal contesto, i verbi coniugati a quel modo suonano psicoticamente da formula vocale d'un'impossibilità. Un passo realistico e astuto, inteso all'evasione dagli stati d'impotenza, è invece la preghiera: qui il piú debole tasta insidiosamente la psiche di chi gli sta davanti, in cerca dei punti di minor resistenza; ostentando miseria lancia un amo; può darsi che i colpi vadano a vuoto, ma almeno ha giocato su dei possibili rapporti causali.

Creonte usa una tecnica brutale di motivazione, la minaccia: chiunque azzardi il gesto vietato paga con la vita. L'editto è un enunciato sintatticamente complesso classificabile nel tipo delle frasi ipotetiche: l'apodosi spiega cosa capiterebbe se qualcuno commettesse il fatto descritto nella protasi; «Ai Tebani incombe l'obbligo di lasciare insepolto Polinice» significa «Il tiranno di Tebe commina una data pena a chiunque compia atti idonei diretti in modo non equivoco alla sepoltura di Polinice o, peggio, lo seppellisca»; lo Stato tebano è Creonte, monarca investito di poteri legislativi e giudiziari; il meccanismo della minaccia non coinvolge quindi altri soggetti, a parte le mansioni servili degli esecutori. In una lingua fedele al senso autentico, l'editto suona: «Condannerò a morte chiunque seppellisca Polinice o tenti di seppellirlo». Non c'è piú l'imperativo, dissolto in un futuro cosiddetto di volizione; in Shakespeare il messaggio comincerebbe cosí: «I shall...» Il tiranno di Tebe rende noto che in date situazioni agirà in un dato modo, come il pretore a Roma quando espone il programma dell'anno di giurisdizione; nessun dubbio sul senso normativo dell'atto: entrambi impongono una norma a se stessi, disciplinando il potere di cui sono investiti. Se a Tebe ci fosse gente interessata all'esecuzione del bando, lo definiremmo una promessa; supponiamo che un demone uscito dalla famiglia delle Erinni vigili sul puntuale svolgimento della giustizia cosiddetta di sangue: Creonte gli ha promesso la vita degli eventuali inadempienti. L'avvento in scena d'un simile soggetto riduce la vicenda ai termini giuridicamente ovvi d'un rapporto a due ma qui sarebbe una complicazione: il fenomeno è perfettamente definibile sul piano monosoggettivo, come vincolo assunto dal dichiarante; che sia questo il concetto primitivo, lo prova l'analisi d'un qualsivoglia patto; scomponendolo vediamo tanti vincoli riflessivi quanti sono gli stipulanti.

In fondo, l'esperienza del diritto non esce dai limiti d'un quadro solipsistico. La memoria della volontà implicata in simili operazioni nasce da un doloroso tirocinio: l'impulso ad agire va fissato fuori del suo contesto naturale d'economia psichica; sotto date pressioni uno reagisce nel modo animalescamente adeguato ma qui l'animale ha sviluppato delle attitudini artificiali all'azione, rompendo il flusso caleidoscopico delle pulsioni, infatti promette e adempie; questo lavorio educativo in cui l'individuo esercita l'appetito aggressivo su di sé e sugli altri, in forme festosamente crudeli, modella la persona-maschera, un simulacro tanto meglio riuscito quanto piú mistificato rispetto agli istinti [Nietzsche 1887, trad. it. pp. 258-65]. Che siano in gioco potenze pericolose, lo prova il contegno di Creonte nell'epilogo del quinto episodio, dopo la profezia di sciagura vomitata da Tiresia: su consiglio del coro, revoca l'editto e la condanna d'Antigone; quanta pena gli costa [*Antigone*, vv. 1381 sg.]; non è piú quello di prima, perciò scioglie il vincolo che aveva costituito [*ibid.*, vv. 1387-90], ma la conversione secerne angoscia anziché sollievo; nessuno gioca impunemente con la maschera che ha indossato. Il Vecchio Testamento contiene esempi istruttivi: le gesta di Yahwēh compongono l'immagine d'un fenomeno instabile d'energia; alcuni segni avallano il sospetto d'un inquietante *penchant* ai giochi maligni; la cosa non stupisce nella fisionomia d'un dio appena uscito dal crogiolo d'una potenza sospesa fra impersonale e demonico; dapprima è meno d'un uomo, involuto in uno stato quasi bestiale [Jung 1952, trad. it. pp. 38 sgg.], le cui vestigia sono ancora scandalosamente evidenti nella visione d'Ezechiele nonché nell'iconografia canonico-apocalittica, poi impara le tecniche antropogeniche della promessa e fa cose notevoli, sebbene anche le figure piú moralmente sofisticate tradiscano qualche persistente sedi-

mento demonico. La sua storia è il documento d'un'educazione imperfettamente riuscita. Dopo aver affogato le specie viventi nel diluvio (s'era pentito della creazione [*Genesi*, 6, 7]), capisce quanto fosse ingiustamente smodata quella rabbia vandalica e se ne vergogna: «Non maledirò mai piú la terra a causa degli uomini, perché istinti e pensieri umani inclinano al male fin dall'adolescenza; non colpirò piú tutti i viventi, com'è successo ora»; garantisce l'immutabilità del ciclo di natura, fin quando vi sia la Terra, «seme e messi, freddo e caldo, estate e inverno, notte e giorno» [*ibid.*, 8, 21 sg.], e ribadisce il vincolo in un contratto, ma sapendosi labile, escogita un trucco mnemotecnico; come antidoto al gusto della strage d'acqua inventa l'arcobaleno: «Appena lo veda, mi verrà in mente il patto... e non ci sarà un diluvio che stermini tutto quanto vive» [*ibid.*, 9, 8-17]. Gli uomini si difendono come possono; una mossa molto astuta è il discorso elogiastico: lodando la «fedeltà» del partner instabile, lo guidano discretamente. Tale il refrain ossessivo del salmo 88, «dolente preghiera a Dio affinché adempia le promesse a Davide».

La formula autovincolante intesa alla manipolazione del contegno altrui si chiama «promessa» o «minaccia» secondo che usi quale stimolo la prospettiva d'un premio o d'un castigo. Comandi e divieti, nei quali una plausibile embriologia del diritto coglie il nucleo delle strutture munite di senso giuridico, appartengono alla seconda specie. Il destinatario d'un atto imperativo ne saggia la serietà domandandosi quanto sia probabile il castigo; può darsi che la minaccia sia un bluff, come nelle gride truculente della Milano spagnola; di solito l'emittente compensa un difetto di potenza con l'enfasi intimidatoria, sicché la seconda, quando sia dilapidata in ogni occasione, costituisce un attendibile sintomo del primo: la gente ha occhi acuti in queste cose. L'apparato giuridico sta in piedi in quanto disponga d'un minimo di potenza nociva. Gli spettacoli del patibolo ubbidiscono a una logica realistica: il popolo raccolto in piazza li contempla come ordalie dall'esito trionfalmente prestabilito, dove il boia, lunga mano del re, sopraffà il delitto incarnandolo nel corpo d'un paziente [Foucault 1975, trad. it. pp. 51-62]; un alto tasso di delinquenza impunita esige il rituale delle pene atroci. Il nome «suddito» evoca diseguaglianze incolmabili, lo stare inerme di qualcuno davanti a qualcun altro. Mironov comunica a Stalin che Kamenev non confessa. «Pensi che resista?» «Chi lo sa, non sente ragioni». «Ma sai quanto pesa il nostro Stato, in fabbriche, esercito, armi, flotta». Lo guardano stupiti. «Pensaci e dimmelo». Mironov sorride. «Ti sto domandando quanto pesa». «Nessuno lo sa, Josif Vissarionovich: è un numero astronomico». «Bene, un uomo solo regge un peso astronomico?» «No». «Allora non diciamo che Kamenev o chi che sia resiste. La prossima volta vieni con la confessione in questa cartella» [Conquest 1968, ed. 1971 p. 144].

Il secondo tema del calcolo prognostico a cui i sudditi sottopongono un comando sanzionato, dà come pacifico che lo *jubens* sia abbastanza potente da punire l'inadempiente: se vuole lo punisce, e voleva, ma può darsi che non voglia piú. Quando diventano abituali, ad esempio nella prassi ciclica delle amnistie, le *défaillances* di volontà repressiva spiegano un effetto catastrofico

nella partita di potenza tra sovrano e sudditi: uomo archetipico di governo, Creonte lo sa e persegue inflessibilmente il castigo d'Antigone; essendo un disegno molto logico, nessun argomento razionale lo scalfisce; bisogna che Tiresia, medium del mondo invisibile, gli geli l'anima con una folata di sgomento religioso; la resa finale è un caso simmetrico alla caduta dell'orgoglio illuministico di Giobbe, disfatto dall'esibizione di Yahwēh-Leviathan-Bĕhēmōt. Il suddito pronostica castigo o impunità. Antigone conclude che la sua sorte sia segnata, una conclusione ovvia, se non mancasse qualcosa alle premesse: le sfugge quel che sta capitando a Tiresia, seduto nella sua specola di augure; se sapesse di quell'inaudito stridio d'uccelli seguito dal rombo di zuffe aeree e da un nefasto incidente sacrificale [*Antigone*, vv. 1245-64], in vista d'un passo deprecatorio dell'indovino cieco modificherebbe la conclusione, tenuto conto dell'ascendente di cui il sant'uomo gode a corte. «Creonte mi condannerà», pensato da Antigone, non equivale affatto a «Condannerò chiunque violi l'editto», detto da Creonte: il primo è un futuro cosiddetto di previsione, il secondo di volizione; gli eventi successivi falsificano la profezia; l'imperativo, invece, rifiuta i qualificatori vero-falso; un comando esiste o no, in quanto fatto psichico e gesto espressivo, salva l'eventualità d'una revoca; in sede giuridica, il pentimento del tiranno di Tebe costituisce un fenomeno d'abrogazione. Non è la prima volta che la veste linguistica dissimula il tipo logico: impegnata in un'ispezione del futuro, Antigone usa formule di linguaggio descrittivo; Creonte lo modella il futuro e parla in funzione pratica.

Quanto ad atteggiamento psichico di chi comanda e a sudditanza del destinatario, un'estorsione con minaccia di morte non differisce dalla pena capitale comminata da un codice penale. Di solito, l'estorsore punta a un'azione del soggetto passivo, mentre la legge penale esige un'omissione, ma a parte questo divario accidentale nelle rispettive condotte, le due formule risultano fungibili a una lettura avulsa dal contesto. Probabile che il paziente senta di piú i pericoli immediati; qui però i due casi vengono in gioco sotto un profilo qualitativo: non interessa la quantificazione dei rischi. I tratti specifici della condotta intimidatoria definibile come fatto normativo emergono da analisi obiettive: tante aggressioni singole compongono una casistica criminosa; siamo davanti a un ordinamento giuridico dovunque un apparato, che non ammette interferenze estranee, manipoli il contegno dei sudditi a colpi di minacce ed esempi; quella pretesa di signoria esclusiva in una data sfera si chiama «sovranità». Stati nazionali, ordini cavallereschi, conventicole ascetiche, la «Società degli amici del delitto» a cui Clairwil introduce Juliette, sette apocalittiche, racket, corporazioni, comunità dove uno nasce o entra, ogni organismo sociale che postuli se stesso come ordinamento costituisce un terreno idoneo alla cultura normativa. Chiunque viva consapevolmente le esperienze giuridiche distingue a colpo sicuro il contesto istituzionale.

Un ordinamento esiste in quanto abbia dei sudditi e la sudditanza implica un atto di sottomissione, esplicito o involuto nei gesti abituali; non conta la valenza emotiva: un'adesione entusiastica equivale al riconoscimento coatto, emesso a denti stretti con la riserva mentale d'una revoca alla prima occasione;

basta che il piú debole accetti lo stato di fatto. Gli abitanti d'una provincia occupata, i bottegai iscritti nel ruolo fiscale d'un racket, l'imputato che si difende nel processo, sono parti d'un gioco coatto: potendo, ciascuno ne uscirebbe ma i fatti glielo impediscono, cosí esegue alcune mosse disciplinate dal rituale; non importa che ubbidisca docilmente, purché sia un suddito, e lo è in quanto subisca senza negarla la regola secondo cui chiunque violi date regole incappa in date conseguenze; appena la neghi, l'ordinamento non esiste piú nei suoi confronti. È un gesto catastroficamente risolutivo, da guastafeste: uscendo dal cerchio magico delle regole ha dissolto l'*inlusio*, «l'essere nel gioco», perciò va liquidato; smascherando il mondo normativo come una fragile finzione colpisce la «comunità giocante» [Huizinga 1938, trad. it. pp. 31 sg.].

Ogni ordinamento è «illusione», anche quello di cui Stalin vantava il peso in fabbriche, esercito, flotta, tribunali, prigioni. Sta su posizioni inespugnabili il negatore-guastafeste, se resiste al male fisico e psichico a cui la sfida lo espone; la comunità che si riconosce nell'ordinamento negato dispone solo di due risposte: o lo annienta o, in quanto sia abbastanza sicura di sé, finge che non esista. Le esortazioni di Lutero allo sterminio dei contadini rivoltosi ubbidiscono a una stretta logica politica: «Ogni assassino fugge davanti alla spada e teme l'autorità»; il sedizioso, invece, la piglia per il collo e le toglie la spada abusandone, «diversamente da quanto ha disposto Iddio», sicché non cova in se stesso «un solo assassino ma centomila» [1525*a*, trad. it. p. 491]. Thomas Münzer, «sanguinario e scellerato profeta», ha formato delle bande rovesciando un ordine d'istituzione divina; sosteneva che Dio parlasse e agisse in lui, «ma in un batter d'occhio, eccolo là nella merda con mille altri»; se Dio avesse parlato in lui, non sarebbe successo, perché Dio tiene fede alla sua parola [1525*b*, trad. it. p. 495]. L'autosottomissione è una scelta pratica, sebbene astute retoriche la presentino come conclusione teoretica. Non che vi sia tutto alogico: l'argomento ammette qualche margine di vaglio empirico e tecnica deduttiva, ma le premesse hanno radici inseparabili dal groviglio della singola storia individuale, sullo sfondo di un'economia d'istinti geneticamente determinata; le convenzioni argomentative qui attecchiscono poco e male.

L'esistenza d'un ordinamento è qualcosa di storicamente dato: di qua, uffici, funzionari, norme, di là un minimo d'obbedienza nei sudditi in senso lato, inclusi quelli a cui una regola di competenza affida la macchina repressiva; possibile, in teoria, che il sistema sopravviva malgrado un diffuso stato di trasgressione, purché le relative sanzioni siano sistematicamente applicate (ma è una congiuntura labile: o la repressione sistematica induce un atteggiamento ubbidiente nei sudditi in senso stretto o l'insensibilità allo stimolo normativo contagia i funzionari e il meccanismo salta). Il senso della frase «esiste il tal ordinamento» sta dunque in un fenomeno sociopsicologico di contegno uniforme; il comportamento adeguato al modello normativo è come l'atto buono nella teologia agostiniana della grazia, la risultante di molti impulsi: prevale il piú carico d'energia. La prospettiva della sanzione influisce su tale dinamismo non tanto nel senso di un'algebra dei possibili mali in gioco, quanto come pratica coadiuvante d'una tendenza centripeta del gruppo: le feste del patibolo esercitano un effetto tonico sulla coesione emotiva della folla in piazza; nell'autodafé le comunità chiuse celebrano il fastoso capolavoro di questa psicologia collettiva.

Secondo una favola edificante, i selvaggi ubbidiscono naturalmente, nel modo in cui nascono i cristalli, crescono le piante, proliferano le cellule: «Un cittadino ateniese faceva quasi per istinto quel che gli spettava» [Hegel 1830-31, trad. it. I, p. 110]; il mitologema hegeliano passa nell'utopia marxista, da *Stato e rivoluzione* (1917) alla polemica antilegalistica di Pašukanis. È un falso antropologico questo corpo mistico. Malinowski [1926] ha scovato un brulichio d'appetiti scomposti e fiorenti illegalismi persino sotto il tabú dell'esogamia. Indubbiamente, un gesto costa di meno se viene compiuto nel senso in cui agiscono gli altri: una massiccia mimesi scioglie le tensioni e infonde sicurezza; l'atto atipico ha molte probabilità di cadere sotto lo stigma del socialmente dannoso [Lévy-Bruhl 1922, trad. it. pp. 377-402]. Nelle contese di potere vince chi sfrutta meglio l'inerzia. Ogni cosa che duri suscita rispetto. L'ossequio alle autorità è anche questione di coscienza: i meccanismi introiettivi da cui procede lo sviluppo della vita morale [Freud 1923; 1924; 1929] contribuiscono in misura notevole al consolidamento del tessuto normativo.

2. *Teorie del diritto.*

La tecnica giuridica del comportamento sociale consiste in una combinazione di fatti, ma come lo vivono attori e pazienti, il fenomeno contiene piú di quanto risulti a un'analisi obiettiva: la differenza sta in alcune radici effettive e nei cristalli mentali che vi sono cresciuti su; lo stato emotivo impregna il veicolo verbale, la formula evoca delle immagini, l'immagine sopravvive allo stimolo che l'ha suscitata; se ne parla, quindi le compete un posto nel mondo; il fatto che sia denominata le attribuisce un tipo di sub-esistenza larvale in cui allignano prestigiose pseudoentità coltivate da teologi, filosofi, alchimisti. Consideriamo questa massima: «Il proscioglimento o la condanna vincolano il giudice extrapenale su determinati fatti»; lo dispone, a date condizioni, l'articolo 28 del Codice di procedura penale. Il senso sopravvive a una traduzione in lingua non giuridica. «La sentenza di Primus vincola Secundus in ordine a *x*» significa che quando Secundus decida la causa sul presupposto di non-*x* e una delle parti appelli, il giudice d'appello, se è scrupoloso nell'indagine e ubbidiente alle norme, riforma la decisione impugnata. In tale contesto «vincolo» è una metafora utile all'economia del discorso e, tutto sommato, innocua: nessuno la intende nel senso grossolanamente realistico d'un legame invisibile in cui sia irretito Secundus. Ma supponiamo che «efficacia vincolante» sia il predicato d'una legge; qui la figura intorbida il concetto evocando una fantasia d'effetti eterei: nella classe delle leggi alcune li sprigionano, altre no, come un'arma dotata di potenza offensiva e una scarica.

In lingua filosofica si chiamano «ipostasi» queste entità verbali: l'efficacia vincolante della legge somiglia alla *virtus dormitiva* del papavero; niente di

male finché alludiamo a dei vizi d'origine accertabili secondo determinate tecniche in una data sede, ma le ipostasi a volte giocano degli scherzi. Appena uno pensa che sia in questione la corrispondenza o meno del singolo atto legislativo all'εἶδος della legge, una folata di metafisica aperta a usi fraudolenti sconvolge il calcolo giuridico; se non mi piace, nego che sia una legge, perché le manca qualcosa: «non vincola». La mossa è facilmente confutabile ma la confutazione muove da un protocollo ostico all'obiettore: lui nega che ogni atto legislativo conforme alla Costituzione, indipendentemente dal contenuto, costituisca una legge nel senso metafisico in cui le leggi «vincolano»; ecco cosa viene fuori da un'immagine apparentemente innocua. I sedimenti di pensiero selvaggio nelle pieghe della lingua giuridica sono un terreno ideologicamente ricco: molte dispute giusfilosofiche cadono appena sia definito il senso delle parole.

2.1. Giusnatura.

Il tema primitivo dell'ordinamento cosmico dove la cadenza d'un medesimo contrappasso scandisce natura e società, emerge in una chiave filosoficamente evoluta nella teoria stoica di εἱμαρμένη [Pohlenz 1959, trad. it. I, pp. 201-13]. La parola esisteva già: in Omero εἵμαρτο, voce tolta da un verbo caduto in disuso, allude alla *moira* spettante all'individuo nel concerto del mondo; gli stoici le inventano una falsa etimologia da εἱρμὸς αἰτῶν, in latino *series causarum*, insomma un sistema d'avvenimenti causalmente determinati; Crisippo la definisce come «energia pneumatica» nonché «principio di governo provvidenziale secondo cui ogni cosa è avvenuta, avviene, avverrà» [in Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*, II, 913]. Inespugnabile in sede speculativa, questa teoria non serve ai fini d'una costruzione etica o giuridica: la macchina delle cause inghiotte ogni differenza di qualità dei singoli fatti; l'*amor fati* esclude un approccio selettivo alle cose; un analogo effetto ottico nel panteismo di Spinoza, secca formula filosofica d'un delirio dionisiaco. Il diritto valuta, discrimina, qualifica, stimola, reprime; niente sfugge a questo vaglio; il meccanismo giuridico non ammette degli ἀδιάφορα, oggetti neutri, situati nella sfera d'una non-qualità: i qualificatori investono ogni avvenimento socialmente rilevabile, collocandolo nel conforme o meno al prescritto. Che i modelli contemplino soltanto alcuni avvenimenti, ignorando il resto dello storicamente possibile, è una delle due condizioni tecniche di chiusura dell'ordinamento possibili in linea di fatto (l'altra consiste nel divieto d'ogni atto, meno gli specificamente permessi): infatti, la somma delle regole equivale alla proposizione «I sudditi agiscono nel senso *x*, *y*, *z*...», dove la serie aperta delle condotte prescritte appare definibile tanto in termini d'azione quanto d'omissione (vietata la seconda dov'è comandata la prima e viceversa); ad ogni evento umano che non cada sotto un divieto compete la qualità del lecito. Insomma, il quadro concettuale di εἱμαρμένη, coerentemente sviluppato, liquida ogni valutazione normativa diversa dall'assunto tautologico secondo cui qualunque cosa accada, deve accadere.

La ricerca d'un modello oggettivo, preesistente alle norme positive ed eventualmente incompatibile con esse, nel qual caso sorgono questioni di validità, avviene secondo due metodi. Uno pesca delle sequele costanti in alcuni fatti e le investe di senso normativo, qualificando gli altri secondo tale paradigma; l'ordinamento colto nello specchio delle cose si chiama «natura»: ogni avvenimento giuridicamente valutabile è o no κατὰ φύσιν, conforme a natura. L'idea discende da quella d'una δίκη cosmica costituente la matrice del fisicamente regolare e del legittimo in senso etico-giuridico. La troviamo scientificamente costruita già nel VI secolo: Esiodo postulava un contrappasso affidato alla polizia celeste di Zeus e adempiuto in un contesto dove catastrofi naturali, dagli aborti alla siccità, retribuiscono i misfatti; Solone postula altrettanto dogmaticamente un contrappasso inflessibile ma lo circoscrive ai rapporti umani; l'εὐνομία [Jaeger 1936, trad. it. pp. 263-72], sebbene venga ancora in scena teomorficamente, qui diventa la massima d'una fisiologia sociale; nel ciclo metabolico della comunità ogni evento ne implica degli altri; non che il contegno indisciplinato scateni pestilenze o carestie; il castigo dell'ὕβρις sopravviene di dentro secondo una giustizia immanente; ad esempio, dove i capi fanno razzia dei beni collettivi, assemblee tumultuose generano violenza e la vita economica decade, fino all'esodo degli affamati in torme destinate alla servitú a causa dei debiti, e la convulsione non risparmia nessuno [fr. 3, 17-28].

Sebbene l'analisi relativistica di Protagora e il nichilismo di Gorgia dissolvano il fondamento gnoseologico della fisio-logia, questo tema è congeniale alla speculazione sofistica: in Ippia, Alcidamante, Antifonte, svaluta le leggi positive a beneficio d'una ideologia politicamente progressiva, cosmopolitica, filantropica; Callicle lo svolge in conclusioni di segno contrario, nel senso d'una dura equazione tra naturalmente giusto e interesse del piú forte, dove vediamo come la cosiddetta natura somigli al crogiolo dell'alchimista: chiunque vi trova dell'oro, purché ve lo metta prima. Se l'aggettivo 'naturale' allude a una tipologia calcata sui fatti, l'*appetitus socialis* d'un filantropo vale il godimento perfido di chi infierisce sul debole. In un *entretien* filosofico Noirceuil indottrina Juliette sulla questione. «La Natura suggerisce il delitto, infatti siamo piú stimolati ai grossi gesti delittuosi che ai minuti: i primi soddisfano mille volte di piú. Avrebbe composto una scala dei gusti delittuosi se non tenesse al delitto?... Quei brividi ineffabili della macchinazione, la frenesia dell'atto, il persistente gusto segreto dell'averlo compiuto, tutto ciò non prova che ha legato l'evento a un'esca perché smania dal desiderio che lo consumiamo?» [Sade 1797, trad. ingl. p. 174].

Nel *Gorgia* platonico Socrate scova un difetto logico in fondo all'argomento immoralistico: col trucco delle leggi positive, sosteneva Callicle, i deboli – la massa, οἱ πολλοί – castrano i forti inoculandogli l'idea che sia una colpa affermarsi (in poche battute, una teoria dei meccanismi introiettivi: esce di lí l'aguzzino interno insediato come Super-Io); lui dà come ovvio, in chiave di giustizia naturale, che «il migliore prevalga sul peggiore, il piú sul meno dotato»; che tale sia il canone del giusto, lo vediamo in ogni luogo della scena naturale, animalesca e umana, in città e nelle famiglie; «con quale diritto Serse

ha mosso guerra alla Grecia e suo padre agli Sciti?» [482b-e]. Bene, interloquisce il partner, ma quando dice «migliore» e «piú forte», usa dei sinonimi o può darsi che uno sia migliore essendo meno potente? Callicle risponde nel primo senso e incappa in una contraddizione: la massa, infatti, conta piú del singolo quanto a potenza naturale; dunque, essendo collettivamente piú forti, sono anche i migliori ed è naturalmente buona la legge che impongono, sebbene ogni singolo represso valga di piú [*ibid.*, 488a-489b]. Dicendo «i migliori» intendeva «i piú intelligenti», replica Callicle; dopo qualche battuta soggiunge: «Non solo intelligenti ma anche coraggiosi, capaci di condurre a compimento quanto pensano, immuni da esitazioni imputabili ad animo debole» [*ibid.*, 489e-491b]. Poi il dialogo divaga, ma i termini della questione emergono nettamente: quando propone un tipo d'uomo definendolo «il migliore», Callicle ha negli occhi una tipologia naturale, indubbiamente; Alcibiade e Tersite corrispondono ad archetipi fisiologicamente diversi, usciti da certe combinazioni cromosomiche, ma niente nei fatti indica che uno valga piú o meno dell'altro; chi li classifica coglie delle differenze obiettive nell'assoluto naturale e le qualifica distribuendo dei segni di qualità, con una decisione camuffata da atto ricognitivo.

In quanto mossa retorica, tale conversione del valore in fatto mira a effetti persuasivi. Nietzsche vede un animale malriuscito nel *décadent*, allevato in una cultura del risentimento, ma ammette che il rovesciamento dell'equazione «buono = nobile = potente = bello = felice = caro agli dèi» non sia soltanto un espediente medicinale a vantaggio dei deboli [1886, trad. it. pp. 68 sgg.]; come sarebbe stupida la storia umana se non l'avesse arricchita lo spirito degli impotenti [1887, trad. it. p. 232]; in ogni caso il successo storico costituisce un banco di prova abbastanza legittimo. La formula «meglio riuscito» contiene un progetto antropologico: qualcuno propone che la società allevi uomini d'un dato tipo; il naturalmente buono non c'entra. Monumento di questo circolo vizioso un passo d'Aristotele sui fondamenti della schiavitú: è sul tappeto la questione se esista una specie d'uomo «che di natura non appartiene a se stesso ma a un altro»; la conclusione esce ovvia; in ogni cosa composta, «siano le parti continue o separate, troviamo comandante e comandato», persino in musica; nella materia vivente la funzione egemone compete all'anima, in quanto beninteso contempliamo «uno stato naturale» ossia un uomo «nelle migliori condizioni fisiche e psichiche», esclusi i degenerati; naturale che il corpo sia soggetto all'anima, e gli giova tale condizione, «mentre una di parità o inversa nuoce a tutt'e due»; ecco fondata l'autorità dell'uomo sulla donna e del padrone sullo schiavo; il secondo sta al primo come un corpo all'anima o una bestia all'uomo; data questa diseguaglianza, gli conviene essere schiavo [*Politica*, 1254a-b]. Analoga la mossa di san Tommaso sulla questione «utrum omnes res humanae subiiciantur legi aeternae»: l'assunto che ogni cosa esistente in qualche modo sia buona, genera intuibili difficoltà in etica, dove i fatti esigono un giudizio selettivo; il solito *distinguo* apre una via d'uscita; quanto esiste è buono ma vi sono due modi d'esistere, nell'orbita di soggezione alla *lex aeterna*, uno «imperfectus et quodammodo corruptus», l'altro «perfectior»; nei malvagi «inclinatio naturalis ad virtutem depravatur per habitum vitiosum» [*Summa Theologiae*, 1^{a}-2^{ae}, q. 94, art. 6, in corpore]. Due stati naturali, uno autentico e uno contraffatto; lo stabilisce il giudice chi sia *dans les règles* e chi degenerato: Robert le Bougre, Tomás de Torquemada, Joseph Goebbels, Andrej Vyšinskij e tanti altri fanno testo.

Da una testimonianza di Suida [Diels e Kranz 1951, 87, B.24a], in Antifonte il vocabolo διάθεσις – nel senso di 'ordinamento del mondo' – significa anche γνώμη nonché διάνοια, ossia 'mente' e 'intelligenza' [Levi 1966, pp. 271 sgg.]. Già in Eraclito la natura delle cose è una mappa che riflette se stessa nello specchio del «retto pensiero» [Diels e Kranz 1951, 22, B.112]. Nel passo citato poco fa san Tommaso sfiora il prolema di cosa sia questa visione intuitiva del bene: nei malvagi «ipsa naturalis cognitio boni... obtenebratur per passiones et habitum vitiosum». Dei cinque vocaboli che nell'area linguistica aria significano 'norma' – *ṛta*, *vrata*, *dharma*, *dhāma*, *svadhā* [Leist 1884, pp. 188-205] – il primo, col suo nucleo semantico legato all'idea d'un ordinamento cosmico, affiora nelle voci latine *ratum* e *ratio*: in Cicerone *ratus* equivale a *constans* e *immutabilis*, predicati dei movimenti siderali [*De natura deorum*, 2, 20 e 37]; *ratio* designa il sistema geometrico delle rotte di Sole e Luna («Congruere volunt cum solis lunaeque ratione» [*Verrinae*, II, 2, 52]); che dietro agli avvenimenti celesti vi sia un'intelligenza, lo provano «ordo eorum et constantia», giacché «nihil est... quod ratione et numero moveri possit sine consilio» [*De natura deorum*, 2, 16]; Seneca spiega come la ragione individuale sia lo specchio di questa struttura del mondo; «in corpus humanum pars divini spiriti mersa», costituisce il canone di bene e male [*Ad Lucilium*, 66]. La formula «jus ratumque esto» evoca l'immutabilità d'un ordinamento metastorico: l'aggettivo *irritum*, negazione di *ratum*, qualifica l'atto normativo invalido; «quae quamquam, si leges irritas feceritis, rata esse non possunt» [Cicerone, *Philippicae*, V, 7, 21], enunciato tipicamente analitico ossia tautologico; un paradosso della *Pro Caecina* in forma di domanda retorica («putesne, si populus jusserit, metuum, aut idem, te meum servum esse, id iussum ratum atque firmum futurum?» [33, 96]) illumina il fondamento metapositivo della validità d'una norma; la *ratio* impone un limite agli strumenti legislativi; è giuridicamente impossibile che un cittadino romano diventi schiavo d'un altro, anche se fosse deliberato in modo formalmente impeccabile dagli organi dello Stato a cui compete la produzione giuridica.

Sebbene nasca da una malformazione linguistica e, intesa alla lettera, non significhi niente [Ross 1933, pp. 17-31], l'immagine d'una «conoscenza pratica» esercita molta suggestione. I libri V-VII della *Repubblica* contengono il testo fondamentale di quest'affascinante impasto in cui una fantasia poetica manipola pensiero selvaggio, bisogno visivo, fraudolenta astuzia logica: nella sfera gnoseologica inferiore, o dell'opinione, la gente vede delle cose giuste ma non «il giusto in sé»; la scienza propriamente detta consiste nella contemplazione delle «cose in sé», immutabili e disposte secondo rapporti costanti [479d-480a]; tale visione cade sulle «specie intelligibili»; dapprima il contemplante dipende ancora dal medium sensibile, ad esempio uno studioso di geo-

metria quando postula il quadrato o la diagonale «in sé» tracciando delle figure, poi lascia cadere questa scala, come nella penultima proposizione del *Tractatus* di Wittgenstein, sale «al principio del tutto» e ripiega su conclusioni non mediate dal sensibile, in una trama puramente intellettuale, «mediante le idee passando alle idee e nelle idee finisce tutto il processo» [*ibid.*, 510d-511c]; nell'attimo in cui coglie l'«essenza del bene», l'acrobata della visione intellettuale tocca «il limite estremo dell'intelligibile» [*ibid.*, 531a-b]; il primo livello del lavoro scientifico si chiama «pensiero dianoetico», il secondo «intellezione» [*ibid.*, 533d-534a]. Da Platone a san Tommaso, giú fino al razionalismo etico teistico o ateo dell'epoca moderna, i cacciatori d'essenze trattano «il giusto» come un oggetto noeticamente accessibile ossia «lo vedono». Peccato che sia solo una favola poetica. L'ipotesi dell'idea innata è banalmente smentita da quanto sappiamo sul modo in cui nascono i valori etici, da complesse secrezioni sociali: «une différente coutume nous donnera d'autres principes naturels, cela se voit par expérience», l'antropogenesi come un'opera collettiva aperta su della materia psicofisica molto plastica; ad esempio, un padre teme che qualcosa dissolva l'amore «naturale» dei figli; nasce la questione di cosa sia «cette nature, sujette à être effacée»; ovvio, «la coutume est une seconde nature, qui détruit la première», ma ha una storia già lo stato sottostante; «j'ai grand peur que cette nature ne soit elle-même qu'une première coutume, comme la coutume est une seconde nature» [Pascal 1669, ed. 1904 nn. 92-93]. Va poi stabilito che cosa sia quella tal intellezione del giusto: o l'*intelligens* vive degli stati emotivi, ripugnanze, desideri e simili, costituenti una cosiddetta *connaissance par inclination* «oscura, asistematica, vitalistica» [Maritain 1942, trad. it. p. 91], o calcola la probabilità di avvenimenti valutabili come sintomo d'un biasimo sociale, dal saluto tolto al massacro rituale, o, infine, ripete mentalmente un fatto linguistico (avendo saputo da qualche fonte che la cosa *x* non è buona, pensa «devo astenermi da *x*» ovvero «la tal norma vieta *x*» o un'altra qualsivoglia formula equivalente). «Il giusto», insomma, non è una grandezza conoscibile. Infine, i cosiddetti assiomi della ragione pratica, se non vengono dall'esperienza, consistono in un gioco di parole, sul tipo di «bonum faciendum, malum vitandum», dove il predicato non aggiunge niente al soggetto [Cordero 1967, pp. 337-50].

A proposito di Gesuiti monarcomachi in Spagna, Figgis nota quanti fenomeni Suarez collochi nella classe delle leggi, come se l'autore d'un centone moderno mettesse insieme regole del cricket, cicli dell'economia e simili [1907, ed. 1960 p. 159]. Di sei anni piú giovane dello spagnolo, Richard Hooker, prete anglicano, disquisisce in chiave tomistica sulla legge definendola «any kind of rule or canon, whereby actions are framed», ma *actions* significa 'avvenimenti', infatti poi spiega come la legge cosiddetta eterna riceva vari nomi secondo le cose ad essa soggette: «that part of it which ordereth natural agents we call usually Nature's law»; gli angeli, scrupolosamente intenti, ne osservano una «celestial and heavenly»; quella «which bindeth creatures reasonable in this world» genera un vincolo sperimentabile «most plainly», con un atto intellettuale introspettivo; la divina-positiva è conoscibile solo attraverso i canali

della rivelazione; l'umana esce artificialmente, a colpi di probabilità induttiva, «out of the law either or reason or of God»; a tale modello corrispondono «all things... which are as they ought to be», ma anche le devianti risultano «in some sort ordered», perché cadono in un ordine cosmico di secondo grado, due essendo le leggi eterne, concentricamente disposte. Hooker inverte i numerali chiamando «second law eternal» quella adempiuta dalle cose «which are as they ought to be» e «first law eternal» il sistema di cause, provvidenzialmente architettato, a cui non sfugge niente, dai fatti di natura a quelli dell'anima con le relative conseguenze in beatitudine o pene infernali [1593, ed. 1907 I, pp. 154 sg.]. La seconda specie di *lex aeterna* equivale a *heimarmene*. In san Tommaso i buoni «perfecte subsunt legi aeternae», perché agiscono nel senso da essa prescritto; vi soggiacciono anche i malvagi, imperfettamente dal punto di vista della condotta, «sed quantum deficit ex parte actionis suppletur ex parte passionis», infatti subiscono a titolo di pena «quod lex aeterna dictat de eis»; segue una citazione da sant'Agostino [*De catechizandis rudibus liber unus*, c. 18, in Migne, *Patrologia latina*, XL, col. 333]: «molto opportunamente Dio ha usato il dolore delle anime che lo abbandonano quale ornamento del mondo infernale» [*Summa Theologiae*, 1^a-2^{ae}, q. 93, art. 6, in corpore].

È un'idea musicale che, in quanto «the voice of reason», il diritto sia «the harmony of the world» [la fonte in Figgis 1907, ed. 1960 p. 158]. Il giurista di *common law* pensa, o meglio parla trattandosi d'una mossa retorica in senso apologetico, secondo categorie della filosofia cristiana medievale. È in gioco la questione «utrum omnis lex humanitus posita a lege naturali derivetur»: san Tommaso risponde di sí, «unde inquantum habet de justitia, intantum habet de virtute legis»; le norme positive stanno in due possibili rapporti con l'archetipo giusnaturale, «sicut conclusiones ex principiis» – ad esempio, «nulli esse malum faciendum» implica «non esse occidendum» – o specificazioni d'una massima indeterminata, come quando la legge di natura impone che l'autore d'un peccato sia punito e il legislatore umano commina una data pena [*Summa Theologiae*, 1^a-2^{ae}, q. 95, art. 2, in corpore]. L'*archimusicus* divino ha accordato gli elementi del mondo in un effetto armonico [Spitzer 1963, trad. it. pp. 37-64], «non ut singulae sonent [chordae], sed ut diversitate concordissima consonent, sicut ordinantur in organo» [Agostino, *Enarratio in Psalmum CL*, in Migne, *Patrologia latina*, XXXVII, col. 1964]. Già Eraclito sviluppa in lingua musicale l'idea d'un ordinamento fisico-politico-giuridico: sapiente che ascolta la natura profonda delle cose [Diels e Kranz 1951, 22, B.112]; una sola legge divina sta alla radice di tutte le umane [*ibid.*, B.114]; quando uno discorda dalla legge del mondo, sebbene l'abbia presente in ogni istante, le cose quotidiane gli sembrano estranee [*ibid.*, B.72]; «accordo di opposti e bellissima armonia dei discordi» [*ibid.*, B.50]; «meglio l'armonia invisibile di quella che si vede» [*ibid.*, B.54].

L'idea d'una legge cosiddetta di natura costituente il fondamento delle positive risale alla δίκη sociomorfa; immagini simili nascono in almeno due modi: qualcuno traspone sul piano cosmico esperienze felicemente vissute nel-

la comunità, altri sfogano la sofferenza sociale in gesti di *wishful thinking* analoghi a quelli che generano le fantasie apocalittiche, evocando dal fondo delle cose o in uno spazio metafisico l'ordine che non trovano nel contesto politico dei rapporti di convivenza. Lo sfondo psicologico spiega come il mitologema giusnaturalistico venga utile a uomini d'ordine e rivoltosi: chi è soddisfatto dello stato di cose esistente lo consacra cogliendovi i segni d'una legittimità metapolitica, i dissenzienti lo squalificano col medesimo strumento dialettico; uguale lo stile di ugonotti e cattolici della Lega; Du Plessis Mornay, François Hotmen, Louis d'Orléans, Jean Boucher, postulano dei diritti originari, un contratto sociale, dati limiti al potere regio; secondo entrambi i partiti, l'eretico decade *ipso jure* dalla dignità regale, come sostenevano i teologi del movimento conciliare a proposito del papa.

2.2. Volontà sovrana.

L'ipotesi giusnaturalistica, nel senso forte dell'aggettivo, discrimina le norme positive valide dalle invalide (cfr. § 4.1): le prime sono tali in quanto corrispondono a dei modelli metapositivi; salva l'indagine sul modo in cui è stata costituita nonché sulla legittimazione dell'autore, bisogna che la norma positiva soddisfi dei requisiti di contenuto; quando sia affetta da uno qualsivoglia dei tre vizi, cade nella classe delle invalide; il terzo difetto connota la sottoclasse delle invalide perché ingiuste (san Tommaso usa l'aggettivo *injustus* nel senso d''invalido' ma distingue la legge qualificabile ingiusta a causa di quanto prescrive da quella definita cosí «ex auctore, sicut cum aliquis legem fert ultra sibi commissam potestatem» [*Summa Theologiae*, 1^a-2^{ae}, q. 96, art. 4, in corpore]). L'equazione «naturalmente giusto = giuridicamente valido» svaluta il legislatore imponendogli dei limiti; correlativamente, l'eventualità d'una legge invalida sebbene esca dalle mani del legittimato e risulti costituita in modo formalmente impeccabile, accredita gli intenditori di giusto; quanto meno determinato il canone metapositivo, tanto piú tali mediazioni incidono sull'effetto pratico del fatto normativo; i mediatori sostengono che sia una scienza; di fatto, è un gioco politico.

Simili premesse suscitano delle difficoltà sul piano teologale. Supponiamo che l'essere un atto giusto o meno sia qualcosa «that can be discovered by insight», al lume d'intuizioni librate nel vuoto assoluto: ciò implica che vi siano delle «verità etiche oggettive» non meno accessibili di quelle coltivate in logica o in matematica [Ross 1954, pp. 81 e 85]. Verosimilmente l'omicidio cade nella sfera degli atti definibili ingiusti in base a tale giudizio sintetico a priori: «so che è ingiusto, sebbene nessuno me l'abbia insegnato; lo so a titolo intuitivo, indipendentemente dalla mia somma d'esperienze nel mondo; lo saprei, in modo altrettanto netto, anche se fossi nato a Cartagine o tra gli Aztechi, dove la religione imponeva dei sacrifici umani». Abramo ne stava consumando uno, odiosissimo, abietto, gratuito, fuori d'ogni plausibile motivazione etica, e il misfatto, scongiurato all'ultimo istante *ab extra*, gli viene computato quale titolo d'una altissima e meritoria devozione [*Genesi*, 22, 1-19]. «Dopo questi

fatti Dio tentò Abramo dicendogli: "Abramo!" E lui rispose: "Eccomi"». *Hinne-ni* significa 'sono qui' o 'vedimi' o anche 't'ascolto'. Apostrofe, risposta, quel vacuum topografico isolano i dialoganti in uno spazio astratto: non stanno sullo stesso piano; l'uomo in posa sottomessa, forse inginocchiato, teso come chi aspetta qualcosa; l'apostrofante non viene in scena; è una voce da qualche punto metafisico. Segue il comando: «prendi Isacco, il tuo unico figlio, che ti è caro; va' nella terra della visione e lí sacrificalo sul monte che t'indicherò». Abramo non batte ciglio e parte di buon mattino con Isacco, un asino carico della legna destinata al rogo della vittima, due servi. Non sappiamo niente del viaggio, se non che al terzo giorno, levati gli occhi, vede di lontano «il luogo». La tecnica ellittica del racconto esclude ogni descrizione: emergono soltanto i punti culminanti; non vi sono «cose interposte», luogo e tempo indefiniti, assente ogni interno d'anima, dialogo scheletrico [Auerbach 1944, trad. it. pp. 8-14]; Abramo ubbidiente, sta qui tutto il senso dell'azione. Stavolta finisce bene: a Isacco erano venuti dei dubbi quando saliva, carico di legna, mentre i servi li aspettavano giú con l'asino; equivaleva a un'atroce conferma quella risposta evasiva alla domanda dove fosse la vittima, poi, edificato un altare nel luogo prescritto e compostevi le fascine, il padre lo ha legato, in una sequela di gesti eseguiti a regola d'arte, e sta impugnando il coltello ma un angelo lo chiama. «Eccomi». A Dio basta questo *commencement d'exécution* come saggio di fedeltà; nel codice delle valutazioni divine sembra che sia un gesto molto importante: «poiché l'hai fatto per me, senza riguardo al tuo unico figlio, ti benedico e moltiplicherò i tuoi discendenti come le stelle in cielo...» Ad altri va meno bene in situazioni analoghe. Rudolf Höss, comandante di Auschwitz e anima gentile, patisce le sue incombenze di sterminio ma essendovi di mezzo un comando del Führer, affossa ogni indisciplinato impulso affettivo; pensandoci a mente fredda, illuminato dai dialoghi con Eichmann, capisce il senso di quelle *faiblesses*; tradiva il Führer nel chiuso di se stesso: l'obbedienza perfetta esige una psiche impregnata di fede [Höss 1946, trad. it. pp. 146 sgg.].

In sede filosofica la questione sta nei termini in cui la pone l'*Eutifrone* [10a], se gli dèi amino certe cose perché sono sante o tali cose siano sante perché le amano gli dèi. Vi incappa ogni teologia dove sia postulato un dio-persona. Due le soluzioni possibili: che il canone del buono-cattivo stia nei comandi divini, e allora la tavola dei valori è solo relativamente stabile, *de potentia ordinata*, ossia finché viga l'ordinamento incardinato da un atto legislativo sul Sinai, indefinitamente derogabile; ovvero che la qualità etica d'ogni fatto del mondo sia *data ab aeterno*, secondo norme a cui soggiace anche Dio, come Zeus subisce i decreti delle Moire; nel primo caso viene in scena un legislatore onnipotente; nel secondo la legge preesiste a ogni pensabile soggetto, Dio incluso. Qualche teologo sensibile ai calcoli di politica religiosa nega il dilemma introducendo un dio-persona onnipotente, di cui l'esser buono sia un predicato necessario, ma questa massa congiunge due entità incompatibili: o salta la psicologia divina modellata in termini di volontà e «Dio» diventa il nome d'uno stato di cose eventualmente identificabile in una costellazione di εἶδη o,

salvata l'identità personale (secondo la linea antropomorfica delle teologie dove Dio pensa, decide, giudica, va in collera, ama, punisce, si pente e simili), sfuma l'idea d'un valore etico assoluto.

Se il rischio della prima via sta in un seme d'intellettualismo criptoateistico, la seconda affoga il mondo morale in un'inquietante mistica dell'obbedienza. Vediamo il problema in Kierkegaard: Abramo si muove sul piano del paradosso, un movimento che pochi fortunati eseguono, essendovi miracolosamente inclini, e nessuno impara [1843, trad. it. pp. 72 sgg.]; è «un cavaliere della fede» Abramo, «in un rapporto assoluto con l'Assoluto», uno stato acrobatico al di là d'ogni mediazione; se fosse soltanto un eroe tragico, starebbe nei confini della morale, invece eccolo in pieno *horror religiosus*, senza catarsi perché gesti simili rifiutano il compianto e la simpatia solidale [*ibid.*, pp. 97-103]. Il paradosso della fede sta nel fatto che qualcuno trascenda la morale o meglio determini «il suo rapporto col Generale mediante quello con l'Assoluto e non già il suo rapporto con l'Assoluto mediante quello col Generale», come fa il solito uomo moralmente educato: insomma esiste un dovere assoluto verso Dio, perché, in questo dovere, «l'Individuo si riferisce, in quanto tale in modo assoluto, all'Assoluto» [*ibid.*, p. 114].

I teologi di gusto intellettualistico sospettano delle possibilità sinistre nell'immoralismo d'un'obbedienza avulsa da ogni calcolo di giustizia obiettiva. Davanti agli esempi piú scandalosi di comando divino delittuoso, san Tommaso salva come può il concetto del giusto archetipico, con un espediente avvocatesco, negando che vi sia una deroga: impregiudicata la norma, Dio modifica l'oggetto della condotta; quando gli Ebrei derubavano gli Egiziani su comando divino [*Esodo*, 12, 35], «non fuit furtum, quia hoc eis debebatur ex sententia Dei»; il furto implica una cosa altrui e qui Dio ha trasferito la proprietà in capo al soggetto attivo; «similiter etiam Abraham, cum consensit occidere filium, non consensit in homicidium, quia debitum erat eum occidi per mandatum Dei, qui est Dominus vitae et mortis»; togliendo a Isacco il diritto alla vita, Dio ha reso lecita l'azione d'Abramo; analogamente, Osea non s'è contaminato sposando una prostituta [*Osea*, 1, 2], «quia accessit ad eam quae sua erat secundum mandatum divinum, qui est auctor institutionis matrimonii» [*Summa Theologiae*, 1^{a}-2^{ae}, q. 100, art. 8, ad 3um]. San Tommaso qui ragiona in chiave volontaristica. Hobbes usa lo stesso argomento nell'analisi del rapporto fra legge civile e di natura: la seconda vieta furti e adulteri ma spetta alla prima la definizione di cosa sia furto e adulterio; l'atto di questo tipo – ma è un effetto ottico – che essa eventualmente comandi, non cade nella sfera del comportamento illecito [1642, trad. it. p. 273].

I teologi volontaristi mettono la questione in termini netti. Duns Scoto constata una deroga al quinto comandamento nel caso d'Abramo e Isacco: l'omicidio è un male in quanto Dio lo vieti [*Reportata Parisiensia*, l. 2, d. 22, q. un., n. 3]; le sole norme immutabili sono quelle implicanti il divieto dell'*odium Dei* [*Opus Oxoniense*, l. 3, d. 36, q. un., n. 13]. In Guglielmo di Ockham salta anche questo limite: qualifichiamo illecito l'*odium Dei* «de communi lege», in quanto imputabile a chi «ex precepto divino obligatur ad contrarium», ma

in assoluto niente esclude che l'atto avvenga «sine omni circumstantia mala annexa»; tutti gli atti peccaminosi sarebbero meritevoli se Dio li comandasse, «sicut nunc de facto eorum opposita cadunt sub precepto divino»; in tal caso non li chiameremmo piú «furtum, adulterium, odium etc., quia ista nomina», ecco un saggio d'altissima finezza analitica, «significant tales actus non absolute, sed connotando deldando intelligere, quod faciens tales actus per preceptum divinum obligatur ad oppositum»; tutto sta nel fatto che esista o meno una norma imposta da Dio; essendo norme abrogabili, la qualità positiva o negativa dell'atto dipende dall'assetto legale vigente; nell'eventualità, improbabile ma possibile *de potentia absoluta*, d'un rivolgimento legislativo, appena l'atto oggi vietato fosse dovuto, l'agente «non obligaretur ad oppositum»; caduta la fattispecie, cadrebbe anche il nome che la designa; «tunc non nominaretur furtum, adulterium etc.» [*In II Sententiarum*, q. 19, O].

Tale la formula del cosiddetto volontarismo: nessun dubbio che in sede religiosa sia l'unica ammissibile; ovviamente, implica dei rischi. In un noto passo del *Diario* Sören Kierkegaard suppone che Abramo, tagliata la legna, legato Isacco, acceso il rogo, impugnato il coltello, abbia colpito. A questo punto gli appare Dio, vestito d'un corpo. «Cos'hai fatto, sciagurato? Nessuno pretendeva cose simili da te, mio amico; volevo soltanto stabilire fino a che punto mi fossi fedele. All'ultimo momento ho gridato: "Abramo, fermati"». Inebetito, lui spiega di non aver sentito; era molto teso, uno stato comprensibile date le circostanze: «Quando sei tu, o mio Dio, che comandi, quando comandi a un padre d'uccidere il figlio...» Ma anche se avesse sentito, non sarebbe cambiato niente: forse veniva dal tentatore la voce (un'ipotesi tanto psicologicamente vera quanto anacronistica: mancano molti secoli all'apparizione di Satana nel prologo del *Giobbe*); era assodata l'origine divina del primo comando; tale precedente gli imponeva un atteggiamento interpretativo in ordine a qualunque cosa fosse poi capitata. Torna a casa e il Signore gli dà un secondo Isacco, simulacro di quello che lui ha ammazzato. Strano, filosofa con Sara, che Dio gliel'avesse comandato, eppure è «eternamente certo» che sia avvenuto; quando adempie, ecco, sbaglia, perché Dio non lo vuole piú. Ma è una favola impossibile: Abramo non incappa in questi lapsus; ha ubbidito «subito, incondizionatamente, all'ultimo momento»; davanti a simili decisioni, ammazzare il figlio o tenerselo, solo un uomo di qualità ineguagliabile mantiene sino in fondo la «prontezza ubbidiente e, oso dire, agile» d'un servo che al penultimo passo disfa il lavoro. «Ma nessuno è stato grande come Abramo: chi può capirlo?» Tolti gli eufemismi disperati, qui vediamo come sia solo questione di fortuna. È un cavaliere della fede anche Rudolf Höss e gli va male.

Nella prospettiva volontaristica, altrimenti denominabile «positivistica», non sorgono questioni di validità quando sia certa la fonte del comando: una norma è valida, indipendentemente dal contenuto, in quanto venga da un dato soggetto; l'assioma del sistema esclude come insensata ogni curiosità sulle ragioni dell'obbedienza; essendo ogni azione indifferente in se stessa, che una sia giusta e l'altra ingiusta dipende da un comando o divieto del sovrano.

In un passo del *De cive* Hobbes motiva l'assunto in chiave politica: guai quando i sudditi discutano le scelte legislative; nel paradiso terrestre Dio aveva imposto un tabú sull'albero del bene e del male; tale la prima tentazione diabolica, «sarete degli dèi, conoscitori del bene e del male» [1642, trad. it. pp. 233 sg.]. Poi definisce la legge: un comando di quella persona, individuale o collettiva, i cui comandi contengono in sé la ragione dell'obbedienza [*ibid.*, p. 265]; altrove esige «obbedienza semplice», ossia indipendente da ogni considerazione sull'atto comandato o proibito [*ibid.*, pp. 165 sg.].

Supponiamo che un guastafeste neghi la regola del gioco deduttivo e metta in dubbio l'assioma domandandosi perché debba ubbidire ai comandi di quel tale. I motivi stanno in un calcolo economico. La sudditanza perfetta consiste psicologicamente in un fenomeno d'affascinamento davanti allo strapotente numinoso [Otto 1917, trad. it. pp. 17 sgg., 22-40, 42-53, 60-67], ma qui l'incantesimo è rotto, se no il suddito farebbe «penitenza nella polvere e nella cenere», come Giobbe stravolto dall'apparizione di Yahwēh-Leviathan-Bĕhēmōt [*Giobbe*, 41, 6]. Nella nostra ipotesi il suddito raziocinante coltiva curiosità incompatibili con lo stato d'opaca sottomissione dell'affascinato da un *numen*; ovvia la diagnosi: ubbidisce perché gli conviene. *In apicibus* il comando è legittimo in quanto sia irresistibile la forza di chi lo detta [Hobbes 1642, trad. it. pp. 93 e 291]. Leibniz ci vede un paradosso senza gusto: cosí finiscono confusi diritto e fatto; altro quel che posso, altro ciò che debbo fare; «C'est le meme Hobbes qui croit, et à peu près par la même raison, que la véritable religion est celle de l'état», negando subdolamente che esista una vera religione [1703, trad. it. p. 215]. Qui Leibniz non fa una bella figura. *Si la justice est arbitraire*, testo manoscritto d'un colloquio con l'elettore Federico Augusto II, somiglia a quei componimenti in cui scrive da uomo di corte anziché da logico, sebbene vi siano esempi in figure matematiche; questo sdegno davanti al cinismo del «famoso filosofo inglese» è una mossa retorica paragonabile alla massima di Bracton («lex est sanctio justa, jubens honesta et prohibens contraria») religiosamente citata da Edward Coke, vittima d'un allegro eccidio dialettico in *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England* [Hobbes 1666, trad. it. p. 417]. Se Yahwēh fosse un modesto *ĕlōhīm* meno potente dei suoi concorrenti nell'area semitica, Abramo, illuministicamente astuto come appare in qualche episodio, escogiterebbe un'evasione dal comando delittuoso, perché in linea morale non vale meno d'Amilcare, e il cartaginese sappiamo dal capitolo XIII di *Salammbô* (1862) come eluda un ordine simile sostituendo ad Annibale il figlio d'uno schiavo; farebbe qualunque cosa appena ragionevolmente possibile a beneficio d'Isacco, ma l'antagonista divino non gli lascia nessun varco: i preti di Moloch rappresentano una potenza immensamente meno temibile di Yahwēh, ecco cosa c'è di diverso nelle situazioni d'Abramo e Amilcare. Il resto è *cristallisation*, favola poetica, gioco allegorico, cosmesi.

Messi a confronto, il testo hobbesiano (o quello di Ockham) e un sermone giusnaturalistico svelano incolmabili differenze di stile: secco l'uno, duro, tagliente, moralmente impegnato nel senso in cui ogni cruda verità costituisce un valore etico; ai vertici, l'altro sa di virtuosimo dialettico *souple*, nel movimento ondoso della scolastica tomistica, ma non resiste a una decomposizione del tessuto verbale in cerca della trama logica, e nei punti bassi suona con un rintocco sospetto da allocuzione gonfia, futile o fraudolenta. In sede di metodologia filosofica l'assunto volontaristico è inseparabile da una destrezza tipicamente nominalistica nelle questioni definitorie: un memorabile passo del *De cive* colloca sul medesimo piano l'enunciato matematico $2+3 = 5$ e la massima giuridica «il furto è illecito»; sono due tautologie; il predicato non contiene niente che non fosse già nel soggetto; quella somma è convenzionalmente vera in virtú del modo in cui abbiamo definito i numeri secondo, terzo e quinto della serie; i predicati del diritto non sono meno ontologicamente vuoti dei simboli matematici; è solo un gioco di segni; il dato reale sta nel fatto che una data legge d'un dato sovrano comandi o vieti la tal condotta [Hobbes 1642, trad. it. p. 377]. Il giusnaturalista postula un cielo metafisico, delle essenze, visioni incantate. Il positivista decompone dei fatti. Diversi lingua, atteggiamento enunciativo, sintassi. In campo volontaristico, dissolto il panico religioso dell'ubbidenza affascinata, resta un impianto d'economia e logica molto adatto a una prassi ragionevole. Il nucleo fantastico-emotivo dell'ideologia giusnaturalistica, invece, insinua un pericoloso diaframma d'incomunicabilità nelle contese; le questioni di fede sono meno trattabili di quelle soggette al vaglio d'un linguaggio lucido e dell'attenzione sperimentale; il platonismo implica una politica intollerante d'ogni dissenso [Popper 1963, I, pp. 86-119].

2.3. Diritto positivo.

Chiamiamo «diritto positivo» [Kuttner 1936] un complesso di regole individuabili in relazione a certi fatti di produzione normativa e vigenti in un dato contesto. L'origine storica le distingue da ogni sistema a premesse sedicenti metafisiche, quale che sia il modo in cui le propone la fantasia narrativa: verità intuitive, postulati della ragione pratica, messaggi del sentimento e simili. «Die Normen einer Rechtsordnung müssen durch einen besonderen Setzungsakt erzeugt werden» [Kelsen 1960, p. 210], ma «l'atto che le pone» ammette due figure possibili: positivo il comando della legge, altrettanto positiva la consuetudine nata organicamente quale sedimento d'un contegno collettivo d'osservanza uniforme; qui ognuno agisce come se una norma ci fosse già. L'importante è che il farsi e disfarsi del tessuto normativo sia il prodotto d'avvenimenti pubblicamente rilevabili, soggetti a un canone linguistico comune. Questa definizione esclude le regole che uno impone a se stesso, atti legislativi in una lingua inintelligibile, sincronie nel comportamento collettivo troppo esigue perché ne risulti una consuetudine. Sia autentico o apocrifo il libro della legge esibito dal pontefice Elcia al re Iosia nel 621 a. C. [*II Re*, 22, 8-13], risalga a Mosè o l'abbiano fabbricato quelli del tempio, intenti a una politica d'accentramento del culto a Gerusalemme [*Deuteronomio*, 12], la genesi del documento non incide sulla positività del contenuto; i ca-

pitoli 12-26, dall'ordine di smobilitazione dei vecchi santuari cananei fino alla disciplina delle decime, costituiscono un classico atto legislativo: conta il testo, non la fonte piú o meno fabulata. Il voto di un'assemblea vale quanto i responsi a Delfi o le visioni mosaiche; può darsi che un codice nasca dal lavorio pseudodeduttivo su assiomi del tipo di «bonum faciendum»; nessuno sa dove finisca la gamma dei possibili fatti generatori d'idee normative: Giovanna d'Arco esercita la sua competenza di generalessa emettendo degli ordini secondo quanto le ispirano santa Caterina e santa Margherita («il re del cielo vuole che tu pigli questo stendardo»). Frederick Pollock cita da uno *yearbook* questo dialogo tra due giudici inglesi di sei secoli fa: uno definisce il diritto «what the Justices will»; l'altro reagisce sdegnato al paradosso: «no, Law is reason» [Windolph 1951, p. 88]. Ai nostri fini tale dissenso è irrilevante: dovunque il giudice abbia scovato la massima, la sentenza suona da norma positiva.

Il secondo requisito, l'effettiva vigenza, distingue le norme positive dalle formule in stile prescrittivo socialmente inerti: il diritto è una tecnica di manipolazione del comportamento collettivo ma lo strumento agogico a volte fallisce, essendo mancato il supporto d'un idoneo apparato coattivo; perde il nome un sovrano a cui svanisca in mano quel tanto di potenza necessario a «to keep the subject in awe» [Warrender 1957, p. 111], e se non l'avesse mai acquisita, non sarebbe un sovrano nel senso convenuto del vocabolo, secondo una tradizione da sant'Agostino a John Austin e Hans Kelsen. Qui il fenomeno giuridico svela quanto contiene di scomodamente impuro: nel 1919 Anton Ivanovič Denikin sbaglia politica condannando le spinte centrifughe di Ucraini, Cosacchi, musulmani, cosí butta via l'occasione d'un attacco dalla Polonia, nel punto basso della parabola bolscevica, e gli ordini emessi da Mosca diventano diritto positivo; negli stati nascenti pieni di futuribili costa dei rischi la scommessa su chi sia il brigante e chi un legittimo sovrano; ovviamente rischiano di meno gli spettatori piú avveduti e informati; in Ucraina alla fine del 1919 solo gli ingenui fanno credito alla repubblica contadina anarchica di Nestor Machno.

I giuristi definiscono «chiusi» gli ordinamenti in cui il monopolio normativo compete ai detentori dei meccanismi legislativi (esclusi, quindi, ogni incremento o sottrazione da consuetudine, giurisprudenza creativa e simili), ma in sede logica qualunque sistema di norme individuato da una regola di produzione giuridica è chiuso ossia basta a se stesso. Ad esempio, in regime d'autorità carismatica è sovrano legittimo chi sia segnato da qualità eminenti estranee alla cadenza quotidiana delle cose (taumaturghi, guerrieri invincibili, parlatori ispirati, visionari); poiché il titolo di legittimazione sta in quest'*Ausseralltäglichkeit* [Weber 1922], la sola controversia possibile nei limiti del sistema nasce su questioni di prova; che Saul sia già virtualmente deposto, risulta da una sequela di sciagure fino al suicidio dopo la rotta inflittagli dai Filistei, con tanto di ludibrio del cadavere [*I Re*, 31]; il successore carismatico apparente è Davide ma una razzia nemica l'aveva esposto a contestazioni culminate in minacce di morte; sarebbe finita male se una *performance* d'indovino e l'inseguimento fortunato dei predoni non avessero ribadito la sua vocazione al di là d'ogni dubbio [*ibid.*, 30]; prima che la monarchia sia incardinata a Gerusalemme, il successo lo legittima quale unto di Dio [Weber 1921, trad. ingl. pp. 98 sg.]. Il fatto compiuto liquida ogni questione; sta al gioco chi nega i fatti o li intende altrimenti intavolando una disputa di semiotica a proposito dei sintomi dell'investitura, ma supponiamo che qualcuno neghi *in jure* il titolo carismatico invocandone uno dinastico o elettivo: siamo davanti a un tentativo di rivoluzione.

La singola norma vale in quanto risulti costituita nel modo stabilito dalla regola su come nasce il diritto in un dato sistema; la rende valida l'appartenenza a quell'ordinamento: norma e ordinamento stanno in una relazione da individuo a classe; ora, «valido», in quanto predicato dell'individuo x, membro della classe α, non è sensatamente predicabile di α; l'uso riflessivo d'un termine genera i paradossi studiati in logica nella teoria cosiddetta dei tipi [Russell 1903, trad. it. pp. 206-18, 924-34; nonché 1919, trad. it. pp. 222 sgg.]. L'ordinamento, insomma, non legittima se stesso. La questione se sia o meno valido riveste un senso in quanto «valido» significhi qualcosa d'altro rispetto ai contesti in cui viene discussa la validità d'una singola norma, giudicata secondo quel canone formale. La domanda «sono suddito del Lord Protector o del re in esilio?», formulata da un inglese del 1653, non lascia dubbi su quale sia la risposta, dal punto di vista d'una sudditanza effettiva: a Carlo II competono «the title, right and reverence of a King» ma la *vis regni* spetta a Oliver Cromwell, secondo un distinguo piuttosto ambiguo di Hobbes, a monarchia restaurata [citato in Hood 1964, p. 183]. Le questioni dunque sono due: secondo il partito fedele agli Stuart, il Commonwealth repubblicano è un ordinamento invalido; anzi, i legittimisti dialetticamente scaltri negano che sia un ordinamento; questa figura retorica trova esempi famosi in sant'Agostino («mihi lex esse non videtur quae justa non fuerit» [*De libero arbitrio*, 1, 5, 11, in Migne, *Patrologia latina*, XXXII, col. 1227]) e san Tommaso («si vero in aliquo a lege naturali discordet», la legge positiva, «jam non erit lex sed legis corruptio» [*Summa Theologiae*, 2^a-2^{ae}, q. 95, art. 2, in corpore]).

2.4. Fondazione teologale del diritto positivo.

Dove sia in gioco un'autonoma scelta pratica del suddito, non nascono questioni di validità, a meno che dicendo «valido» uno intenda «l'autorità che mi sono scelta». Le dispute sulla legittimità di un ordinamento prescindono invece, almeno apparentemente, dalle prospettive di successo dei contendenti e sottintendono un'investitura oggettiva: da nudo fatto, il diritto positivo diventa valore in quanto sia metagiuridicamente fondato. Nasce la questione se, di due norme vigenti, la metapositivamente giusta abbia qualcosa di giuridicamente diverso dall'ingiusta. Qualcuno sostiene di sí negando la qualità d'autentico diritto alla produzione normativa del regime che gli dispiace: «non vincola», «è un simulacro di legge» e analoghi enunciati pseudodescrittivi su fluidi, potenze, nessi invisibili. Ma a uno sguardo disincantato le norme po-

sitive risultano tutte ugualmente valide, salvo un diverso giudizio in sede morale: valore etico e giuridico sono grandezze indipendenti. Tale la teoria sviluppata da san Tommaso [*ibid.*, q. 96, art. 4]: «leges positae humanitus vel sunt justae vel injustae»; l'eventuale ingiustizia non toglie niente al fenomeno giuridico: nel primo caso «habent vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna, a qua derivantur»; «et obligant in foro conscientiae», soggiunge poco dopo, «et sunt leges legales», ribadendo con una congiunzione l'alterità dei rispettivi concetti; le ingiuste «magis sunt violentiae quam leges», e tira in ballo la massima agostiniana, ma nella conclusione distingue di nuovo: «unde tales leges non obligant in foro conscientiae», a meno che l'obbedienza eviti uno scandalo. Cosí nel seguito: «et tales leges nullo modo licet observare»; «unde in talibus legi humanae non est parendum» [ad 2um]; «nec in talibus homo obligatur ut obediat legi, si sine scandalo vel majori detrimento resistere possit» [ad 3um], sotto un *lip-service* alla tradizione giusnaturalistica san Tommaso postula l'autonomia dei valori giuridici [Cotta 1955, pp. 128-50].

Abbiamo raggiunto una conclusione piuttosto banale: il diritto positivo obbliga in coscienza in quanto corrisponda a un dato modello etico; altrettanto ovvio che l'assunto positivo o negativo dipenda dalle premesse del singolo valutante; un luterano devoto aborre gli anabattisti, i *camelots du roi* somigliano ai crociati del Sillabo, i comunisti non sopportano gli anarchici in Catalogna piú di quanto li abbiano tollerati a Mosca. La questione diventa acuta quando non sia in gioco una singola norma ma l'intero ordinamento; a chi gli imputa una trasgressione, l'imputato risponde: «non sono tuo suddito». Il caso è allarmante, sebbene sia formalmente trattabile secondo le solite tecniche di repressione dell'illecito; l'autorità negata reagisce bene o male; quale che sia, dall'indulgenza stonata al raptus violento, la risposta costituisce il sintomo di una grave difficoltà. «Come hai osato opporti al tuo imperatore», domanda Pugačëv al capitano Mironov sulla piazza di Belogorsk nell'autodafé a cui i Cosacchi chiamano gli uomini della guarnigione. «Non sei il mio imperatore, sei un ladro e un impostore». I due disquisitori muovono da una comune premessa *in jure*, che il solo sovrano legittimo sia quello designato da un meccanismo dinastico: Emel'jan Pugačëv sostiene d'essere Pietro III, marito di Caterina II misteriosamente sparito di scena; il valoroso Ivan Kuzmič gli dà dell'impostore; la disputa ha come oggetto un'agnizione *in facto* pretesa e negata. Poiché entrambi postulano una stessa regola di legittima trasmissione del titolo imperiale, la questione non è dottrinalmente interessante. Lo diventa nel momento in cui Pugačëv replichi: «d'accordo, non sono Pietro III ma ho conquistato tutte le fortezze che mi resistevano». A questo punto il vecchio capitano verosimilmente nega che la conquista d'alcune fortezze costituisca un titolo di sovranità legittima; la sua teoria è implicita nell'allocuzione ai soldati prima dell'assalto: «difendiamo l'Imperatrice nostra madre e tutto il mondo veda che siamo gente coraggiosa, fedele al giuramento». Il dissenso sulla premessa *in jure* non ammette mediazioni: bisogna che uno dei contendenti rinunzi alla sua; Pugačëv vuole un giuramento di fedeltà, in quanto sovrano carismaticamente investito da un'ordalia guerresca. La defezione

di Švabrin è visibilmente motivata da un calcolo di convenienza. L'alfiere Pëtr Andreevič Grinëv, giovanotto di buoni principî, sceglie nel senso dell'onore. Supponiamo che padre Gerasim, testimone neutrale della scena, interloquisca da intenditore di cose divine, spiegandogli come in tale situazione il giuramento di fedeltà sia un atto non tanto permesso quanto dovuto: dietro quel cosacco c'è Dio; non giurando offende il mandante e si gioca l'anima.

Tale il senso d'una teoria sul fondamento divino dello Stato svolta nell'*Epistola ai Romani*: «Ognuno sia soggetto alle autorità: non ne esiste nessuna che non venga da Dio; le ha istituite tutte lui» [13, 1]. Analoga esortazione nella prima epistola di Pietro [2, 13] («Ubbidite... a ogni istituzione umana...») ma la formula paolina colpisce di piú: due frasi consecutive – degli enunciati universali, in logica aristotelica – dicono la stessa cosa in forma negativa, poi positiva; l'effetto brutale della cadenza iterativa toglie ogni dubbio sul fatto che la sola questione proponibile qui concerna l'effettiva vigenza d'un ordinamento; sia buono o malvagio, non importa. Paolo esclude ogni distinzione fra ἐξουσία e ἄρχοντες o ἡγεμόνες. Altrettanto puntuali le glosse: «illa», l'autorità in astratto, «facilius agnoscitur esse a Deo, quam hae», i singoli individui «imperantes in concreto»; il capitano Mironov, devoto alla corona, rifiuta l'ubbidienza a Pugačëv; l'*Epistola ai Romani* gli chiude questo varco; «de utrisque affirmat apostolus», ossia parla tanto dell'autorità come idea quanto degli individui che bene o male la esercitano; tutti gli investiti d'un potere effettivo «a Deo sunt, qui generatim omnes instituit» [in Schlier 1955, trad. it. p. 17]. Secondo una dura chiosa di Calvino, questo testo «dissipa la futile curiosità di chi investiga su come i governanti siano saliti al governo: gli basti sapere che ci sono». Ministra di Dio, «l'autorità non porta invano la spada ed esegue l'ira divina sui malfattori» [*Epistola ai Romani*, 13, 4]. Joseph de Maistre ne deduce che il mestiere del patibolo sia terribilmente santo: visto di fuori, un boia somiglia a noi ma non appartiene alla solita trama genetica; affinché esista nella famiglia umana, ci vuole un decreto ad hoc; Dio lo crea «a guisa d'un mondo» [1821, trad. it. pp. 33-36]. Il quinto versetto spiega come non sia soltanto questione d'un castigo piú o meno probabile: le norme positive obbligano in coscienza. Il limite sta nell'eventualità che qualcuno comandi cose incompatibili con l'adempimento della legge divina; in un simile conflitto prevale il mandante, ovviamente, ma al suddito è permessa solo una disubbidienza passiva; guai se fa qualcosa contro chi detiene il potere: in ogni mossa sediziosa Lutero vede un attentato all'ordinamento divino del mondo [1526, trad. it. p. 544].

La teologia dell'obbedienza alle autorità costituite liquida se stessa: Dio esige l'ossequio ai governanti ma c'è la sua mano in ogni sommossa o complotto che affossino un governo costituendone un altro, indipendentemente dagli sfondi morali; sta a fianco di chiunque vinca. A un dato punto questa santificazione del fatto compiuto non è nemmeno piú un invito al quietismo: la condanna delle rivolte ha senso in quanto il rivoltoso non conti su prospettive di convalidazione del colpo di mano; qui Dio cambia partito nell'attimo in cui la bilancia trabocca a vantaggio d'uno dei contendenti; prima o poi i

giocatori lo escludono dal discorso quale premessa superflua sostituendogli una teoria dei meccanismi di potere [Cordero 1972, pp. 288-99]. Nel *Patriarcha; or the Natural Power of Kings* Robert Filmer riduce all'assurdo la fondazione teologale del potere politico estendendo il relativo titolo a chiunque governi, comunque ci sia arrivato: il fatto che sia lí lo qualifica re, «non il modo in cui ha ottenuto la corona» [1680, trad. it. p. 508]; quando i sudditi complottano o il popolo insorge, l'atto è peccaminoso ma l'esito impeccabile, anzi santo, trattandosi d'un giudizio divino; Dio usa degli atti umani ingiusti come strumento dei suoi disegni [*ibid.*, p. 461]. Locke gli obietta che a questa stregua nessuno ha mai usurpato niente [1690, trad. it. p. 153]. I sette versetti di Paolo e le visioni della bestia nell'*Apocalisse* canonica sono i poli d'un processo ambivalente: sotto l'investitura *a Deo* lo Stato è una potenza nefasta; anche l'immagine divina, emersa da una sequela di scissioni nella potenza demonica, contiene residui dell'identità primitiva, con qualche sinistra somiglianza all'altra faccia; in fondo, il diavolo agisce da ministro della corte celeste, addetto a compiti odiosi. Con quel lezzo di patibolo, la teologia dello Stato è un luogo di contraddizioni: Dietrich Bonhoeffer, luterano dall'impegno tragico, ha cospirato in un circolo antinazista; quelli che lo giudicano e impiccano con l'ammiraglio Hans Canaris eseguono un mandato divino; a Flossenbürg, infatti, quel mattino del 9 aprile 1945, l'arconte investito d'ἐξουσία è ancora Hitler.

L'insegnamento paolino sullo Stato discende da un assunto autofagico, quindi insostenibile; il suo nucleo vitale sta nel rifiuto della polemica antinomistica comune a ispirati e cultori d'attese apocalittiche: le macchine del diritto sono importanti in se stesse (strano questo realismo mondano in una teologia rabbiosamente ostile alla religione legalistica). Di qui due linee genetiche. Una conduce all'«agostinismo politico» [Arquillière 1934, ed. 1955 pp. 142-53]; nella vecchia teocrazia ogni atto di chi governa è immediatamente imputabile a Dio – in ogni occasione importante Mosè viene in scena come medium d'una volontà divina – ma questo modello implica una condizione ambientale non riproducibile (gruppi esigui a tessuto sociale uniforme, curiosità intellettuali assenti o molto fioche, una tensione da attimi emergenti consolidata in stato abituale); qui invece, in una struttura politica complessa, il re assume funzioni ecclesiastiche. Incmaro descrive cosí la *sceptri traditio*: «accipe sceptrum regiae potestatis insigne, virgam scilicet regni, virgam virtutis; qua te ipsum bene regas, sanctam ecclesiam, populum christianum tibi a Deo commissum, regia virtute ab improbis defendas, pravos corrigas, rectos ut viam rectam tenere possint, tuo juvamine dirigas» [in Migne, *Patrologia latina*, CXXV, col. 810]. Il secondo filone, molto ricco di futuro, coglie la qualità specifica dell'esperienza giuridica; in quanto fatto dell'uomo, il diritto è valutabile eticamente: l'eventuale valutazione negativa non scalfisce l'identità giuridica del fenomeno. Un embrione di questa prospettiva affiora piuttosto nettamente in sant'Agostino: da un lato, la figura concettuale dello Stato perde quei contenuti di giustizia naturale che la connotano nella formula stoico-ciceroniana [Carlyle 1903-36, trad. it. I, pp. 185 sgg.]; dall'altro, l'analisi del dato positivo

liquida ogni illusione sulla santità delle istituzioni, apparati né buoni né cattivi, aperti al male come ogni prodotto umano; il cristiano li usi stando spiritualmente distaccato, senza investirvi piú di quanto meritano [Cotta 1960, pp. 45-54, 69-90, 140 sgg.]. Non che queste cose siano dette in una chiave sistematicamente perentoria; il discorso agostiniano, tumultuoso e magmatico, ne contiene d'incompatibili con la distinzione moderna tra tecniche strumentali del diritto e ideologia o sfera degli enunciati di valore: ad esempio, una famosa formula sul *regnum* definito in termini di *justitia* [*De civitate Dei*, 4, 4] o l'assunto d'un'ascendenza divina del potere, con quanto implica in sottomissione incondizionatamente dovuta a chi ne dispone, in qualunque modo lo usi [*ibid.*, 5, 21].

2.5. Fondazione antropologica del diritto positivo.

Quando sparisce il supersoggetto divino a cui risalgono le fila delle gerarchie mondane di potere, il bisogno d'un fondamento assoluto del diritto positivo ispira dei tentativi di fondazione scientifica. Hobbes ne architetta uno quasi perfetto mescolandovi metodo euclideo, dialettica giuridica, formule di suono giusnaturalistico reinventate, duro pessimismo, un'acutissima analisi del groviglio umano. Nella prefazione al *De cive* spiega cos'aveva in mente, una terapia filosofica delle ideologie sovversive: la critica delle istituzioni giova soltanto al vampirismo politico («affinché non sopportiate che degli ambiziosi vi succhino il sangue...»); meglio l'imperfetto stato di cose attuale d'un evanescente futuro inseguito a colpi di guerra civile; se i lettori sentono qualcuno che semina disordine, demagogo o confessore o casuista, lo denunzino; contro il gusto rivoltoso ecco una teoria dello Stato indipendente dalle singole costituzioni; sebbene preferisca la monarchia, giudica assurda l'idea che comunità aristocratiche o democratiche meritino meno obbedienza [1642, trad. it. pp. 72 sg.]. In *Behemoth* lamenta che le università siano un luogo di dissenso rivoltoso: vanno epurate; bisogna che la macchina accademica serva il re [1668, pp. 233 sg.]. Il capitolo XXXII del *Leviathan* accenna una speranza: «che prima o poi questo libro finisca in mano a un re», e, avendolo letto da solo, «senza mediatori interessati o invidiosi», questo re lo imponga quale materia d'insegnamento pubblico, «convertendo la verità speculativa in utile pratico» [1651, ed. 1914 p. 197]. Nella «review and conclusion» nota come niente di quanto lui scrive in inglese e latino nuoccia alla parola di Dio, ai buoni costumi o alla pubblica quiete: dunque, il *Leviathan* «può essere stampato con profitto e, meglio ancora, insegnato nelle università», fabbriche di quadri intellettuali e opinione pubblica; disinfestata dai semi di propaganda sovversiva, la gente patirà di meno le imposte necessarie alla sicurezza collettiva; quando poi il tessuto morale del paese sia compatto, le spese militari saranno limitate a un programma di difesa dei confini [*ibid.*, p. 391].

La solita ideologia reazionaria ma il metodo del discorso è genialmente nuovo. Nessuna premessa teologale: il sistema è ateistico, sebbene lui non meriti l'accusa d'ateismo mossagli dal vescovo Bramhall; coltiva una dura re-

ligione biblica ma ai fini di questa sintassi dell'obbedienza, Dio costituisce un'ipotesi superflua. La prima mossa pone un assioma d'innocenza degli istinti: «in se stessi i desideri dell'uomo non sono peccato, né gli atti che ne conseguono, fino al momento in cui il paziente sappia che una legge li proibisce; ovviamente, non lo sanno finché non siano imposte delle leggi, ma nessuna legge viene al mondo prima che abbiamo convenuto su chi sia il legislatore» [*ibid.*, p. 65].

Il secondo assioma pone un criterio assoluto di legalità: una potenza illimitata legittima se stessa, perciò Dio agisce giustamente qualunque cosa scelga; di solito, le vittime della sua collera rispondono di qualcosa; questo però non significa che un meccanismo di giustizia celeste gli imponga dei limiti; supponiamo che colpisca qualcuno indipendentemente da un qualsivoglia precedente peccaminoso; ha agito *pleno jure* [1642, trad. it. p. 291; nonché p. 93]. Se ci fosse un uomo talmente potente che nessuno possa resistergli, sarebbe lui il sovrano: «to those... whose power is irresistible, the dominion of all men adhaereth naturally by their excellence of power»; su tale fondamento a Dio compete il diritto «of afflicting men at his pleasure», non perché li abbia creati ma in quanto soggetto onnipotente [1651, ed. 1914 pp. 190 sg.]. «Power irresistible justifies all actions, really and properly», chiunque ne sia investito [1654, ed. 1929-45 pp. 249 sg.]. Postuliamo due onnipotenti, a titolo d'ipotesi assurda: nessuno deve obbedienza all'altro [1642, trad. it. p. 293]. L'assunto tradizionale, dall'*Epistola ai Romani* a Filmer, investe i re di qualità divine; Hobbes inverte il discorso: Dio è un re piú potente di tutti, «il re», la cui sovranità dipende da un fatto in sé contingente, quale l'essere munito d'una potenza irresistibile. In tale contesto «dovuto» diventa sinonimo di «prudente» ossia «adeguato all'interesse del piú debole»; ammesso che il fondamento dell'obbedienza politica stia in una premessa teologale, ma sappiamo come l'ipotesi sia sovrabbondante nella macchina deduttiva hobbesiana, la sequela va costruita cosí: l'obbligo giuridico discende da uno naturale, il naturale dal fatto che le leggi di natura siano altrettanti comandi divini, quello verso Dio da una prospettiva di castighi e premi, sicché l'intera vicenda normativa cresce da un calcolo economico, con le intuibili implicazioni intellettualistiche; il trasgressore è uno che sbaglia nella stima di cosa gli conviene [Warrender 1957, pp. 278-98].

Il terzo assioma procede da un rilievo di fatto ragionato nel capitolo XIII del *Leviathan*, a proposito della «naturall condition of mankind, as concerning their felicity and misery»: sebbene un uomo spesso sia piú potente nel corpo e veloce di mente d'un altro, le disuguaglianze non sono tali che ne conseguano degli stabili rapporti di sottomissione, allo stato di natura; uno molto debole ammazza uno molto forte cogliendolo a tradimento o complottando con altri esposti al medesimo pericolo; questa diffusa capacità d'offendere e la penuria di cose appetibili moltiplica le occasioni di pericolo; ognuno diffida della gente e, appena può, la previene colpendo prima. Niente di paragonabile al solito regime animalesco; l'uomo è un animale diverso: aspira meno alla sopravvivenza che al riconoscimento dei suoi simili. Come nella *Fenomenologia dello spirito* [Hegel 1807, trad. it. pp. 153-64], questo bisogno di riconoscimento

consiste nel desiderio d'un desiderio [Kojève 1947, trad. it. pp. 3-18], vicenda dinamica a sfondo paranoico: le valenze distruttive esplodono appena la fantasia di dominio sia trasposta nei fatti; «omnia licere sibi soli vult, et prae caeteris honorem sibi arrogat» [Hobbes 1642, trad. it. p. 85]; identico essendo il meccanismo psichico in tutti, questo gioco su poste impalpabili scatena dei conflitti dove uno rischia la vita piuttosto di subire una minuscola offesa al prestigio [*ibid.*, p. 119]; ogni contendente mira non tanto all'uccisione quanto all'asservimento dell'antagonista perché insegue il trionfo pieno, impossibile su un cadavere, ma a un dato punto la paura d'essere ucciso modifica il campo psichico sostituendo una corrente d'odio al desiderio di vendetta da mancato riconoscimento; chi odia non sottomette il partner, lo liquida fisicamente [1650, trad. it. pp. 65 sg.]. Qualunque stupida contesa di prestigio su una minuzia diventa scommessa mortale [Strauss 1936, pp. 18-21]. Senonché l'uccisione di quel singolo nemico lascia il problema insoluto; vi sono coinvolti tutti: la guerra endemica «consisteth not in battell onely, or the act of fighting», è uno stato permanente, come il maltempo «lyeth not in a showre or two of rain» [Hobbes 1651, ed. 1914 p. 64]. Un secondo rilievo empirico concerne la fisiologia degli impulsi d'autoconservazione: l'uomo rifugge dai mali, in specie dalla morte, «il massimo dei mali naturali», obbedendo a una «ferrea legge di natura non meno inflessibile di quella secondo cui una pietra cade in basso» [1642, trad. it. p. 86].

Nella conclusione del capitolo XIII il *Leviathan* propone il quarto assioma come un enunciato di valore: «to this worre of every man against every man, this also is consequent, that nothing can be called unjust», non essendo ancora emersi i canoni d'una valutazione; «dove manca un potere comune, non c'è legge, tolta la quale, niente merita la qualifica d'ingiusto; forza e inganno sono le virtú cardinali in guerra»; non esistono mio né tuo, solo un instabile possesso che dura finché qualcun altro metta le mani sulla cosa. Definita nel linguaggio di Spinoza, la vicenda sta nei seguenti termini: il diritto che compete naturalmente a ognuno coincide con la sfera della sua potenza; «hinc sequitur unum quodque individuum jus summum ad hoc habere... ad existendum et operandum prout naturaliter determinatum est»; ad esempio, «pisces a natura determinati sunt ad natandum, magni ad minores comedendum», dunque i pesci possiedono l'acqua «summo naturali jure», e in base allo stesso titolo i grossi mangiano i piccoli [1670, ed. 1924 p. 189]. Ma l'equazione potente = giusto, operata sul piano d'una fisica del potere naturalisticamente inteso, liquidando etica e politica nuoce al programma hobbesiano inteso alla fondazione d'una sintassi della disciplina politica [Strauss 1936, pp. 28 sg. e 169 sg.]: la cosa riesce a patto che quel discorso brutale di potenza e d'economia sia tradotto in una chiave congeniale all'epoca; a questo punto del Seicento il pubblico vuole delle massime di ragione pratica svolte *more geometrico*, avulse da ogni ipotesi teologale, «etiamsi daremus... non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana».

Allo stato di natura, dunque, ossia in un tempo logico in cui non vigano norme, ognuno «ha diritto» su ogni cosa. È una formula tautologica: qui ogni

avvenimento cade in uno spazio assiologicamente amorfo; nella pseudoimplicazione «non essendovi norme, tutto mi è lecito» il conseguente ripete l'antecedente; la finta inferenza dissimula una perfetta immobilità. Il capitolo XIV del *Leviathan* illumina questa connotazione negativa del vocabolo 'diritto': l'uso comune confonde *jus* e *lex*, *right* e *law*, ma i due concetti stanno agli antipodi, «because *right* consisteth in liberty to do or to forbear», nel senso che azione e omissione siano ugualmente non riprovevoli, «whereas law determineth and bindeth to one of them», sicché 'legge' e 'diritto' stanno nel rapporto di *obligation* e *liberty*, ossia ciascuno dei due nega l'altro [Warrender 1957, pp. 18-21]. In lingua hobbesiana «diritto soggettivo naturale» significa «right of endeavour», non «right of achievement» [Hood 1964, pp. 90 sg.]; mancando ogni norma che disciplini la posizione rispettiva degli individui, le singole sfere di liceità collidono e tutti gli esiti possibili sono ugualmente giusti, a questo punto della costruzione; chi di fatto prevale non acquista niente, *in jure*, perché aveva già tutto. Ma il «diritto» fondato in una «non-legge» inchioda il discorso a conclusioni nichilistiche. Ci vuole una nuova premessa. Il capitolo XV la introduce nella figura dei *dictates of reason*: la gente li chiama impropriamente «leggi»; sono soltanto «conclusioni o teoremi su quanto serve alla conservazione e difesa di se stessi; in senso proprio, la legge è l'emissione verbale di qualcuno legittimamente investito del comando sugli altri», e tali diventano quei teoremi, se li consideriamo «as delivered in the word of God», dettati divini; Dio infatti, «by right», in quanto onnipotente, «commandeth all things» [1651, p. 83]. Ecco come un rilievo incidentale, alquanto *understated*, modifica il quadro logico immettendovi dei qualificatori. Nel *Leviathan* la battuta d'esordio del capitolo XIV spiega cosa sia «the right of nature»: la facoltà che compete a ognuno di conservare se stesso usando la potenza di cui dispone come meglio crede; gli è consentito ogni atto idoneo a quel fine, e da una meticolosa progressione deduttiva del *De cive* [1642, trad. it. pp. 87 sgg.] apprendiamo come spetti all'interessato il giudizio sull'idoneità. Il «non-illecito» del primo stato di natura allignava in un vacuum normativo. Quest'altra figura soggettiva nasce dall'effetto discriminante d'un canone: il comportamento inteso all'auto-conservazione cade nella sfera d'una liceità qualificata; l'agente gode d'una «blameles liberty» ma non perché i relativi atti siano «moralmente indiscernibili» ossia non valutabili [come suppone Hood 1964, p. 93]. Adesso esiste una norma, dissimulata in chiave negativa («the liberty each man hath to use his own power...») e formulabile cosí: «merita biasimo ogni atto che, nell'opinione dell'agente, non giovi alla sua sopravvivenza». Il senso normativo della frase costituisce la possibilità logica d'una trasgressione. Non è piú tutto lecito, sebbene nessun comportamento, oggettivamente considerato, sia biasimevole; la valutazione avviene in una prospettiva solipsistica: l'atto è giusto in quanto l'interessato lo giudichi utile alla difesa di vita e integrità fisica. Dal panico della morte violenta nasce una costellazione etica e giuridica [Strauss 1936, pp. 23-27, 111 sgg., 154 sg.]. L'assioma «ognuno tuteli come può vita e membra» [Hobbes 1642, trad. it. p. 87] trova un puntuale svolgimento in questa definizione della legge di natura [1651, ed. 1914 p. 66]: una regola «scovata dalla ragione» vieta all'uomo quanto nuoce alla sua vita e gli impone tutto quello che, secondo lui, la conserva nel migliore dei modi. Il testo inglese formula le due norme come un doppio divieto, d'agire e d'omettere: «a man is forbidden to do that which is destructive of his life... and to omit that by which he thinketh it may be best preserved»; strano che un comando positivo sia travestito da divieto di un'omissione. Quel postulato è un meccanismo ad alta valenza generativa: nessun atto sfugge al vaglio; il fine della miglior sopravvivenza li discrimina tutti nelle due classi del giusto e dell'ingiusto; indipendente dagli altri, da cui lo separa l'abisso dell'eticamente amorfo, ciascuno è carico di doveri verso se stesso, tanti quante le massime di prudenza in una guerra endemica.

Ci sono le premesse d'un fitto sviluppo normativo. Il passo seguente rompe la cesura solipsistica: ognuno dispone d'un diritto illimitato sui mezzi che gli sembrino utili alla difesa di se stesso, ma un uguale diritto compete ai suoi concorrenti e nessuno è abbastanza potente da imporsi nella contesa selvaggia; la sola via d'uscita sta in un lavoro d'intelligenza che inventi degli equilibri; se la natura ha un difetto congenito, troviamo l'antidoto. In questa prospettiva intellettualistica ogni conclusione vera vincola in coscienza. L'assioma che conservarsi sia una *natural obligation*, combinato alle premesse di fatto indotte da un'analisi realistica della situazione umana nel mondo, genera una catena di teoremi, dalla «prima e fondamentale legge di natura, secondo cui va coltivata la pace quando sia possibile, se no cercate aiuti in vista della guerra», con il corollario che, data la concorrenza devastante, alcuni diritti debbano essere alienati [1642, trad. it. p. 98], al patto da cui nasce lo Stato, concepito come contratto a favore d'un terzo: ogni stipulante gli ha alienato tutti i diritti, meno quello alla vita e all'integrità fisica; il sovrano dunque dispone legittimamente «di tanto potere su ogni cittadino quanto ne aveva ciascuno su di sé prima che fosse costituito lo Stato»: promulga e abroga leggi, delibera in tema di pace e guerra, esercita la giurisdizione personalmente o delegandola a degli emissari, nomina i funzionari [*ibid.*, pp. 106 e 172-75].

Il diritto naturale classico muoveva dal postulato d'una ragione cosmica. Hobbes lo rovescia in quello d'una natura matrice del disordine: «supponiamo che gli uomini siano venuti su tutti di colpo, come tanti funghi», è un'ipotesi teologalmente spregiudicata nel discorso sulla società naturale di padrone e servo [*ibid.*, p. 193]; qui niente somiglia a un ordinamento provvidenziale; ammesso che il mondo sia stato creato da qualcuno, non gli dobbiamo gratitudine ma se esistesse sarebbe un soggetto strapotente, in quanto tale investito d'un diritto assoluto su di noi [1651, ed. 1914 pp. 190 sg.]. L'uomo non è qualcosa d'intrinsecamente pregevole; allo stato di natura vive peggio delle bestie, perciò lo rifiuta non avendo niente da perdere, come i proletari nella società borghese secondo Marx [Strauss 1936, pp. 123-25]; divorato dalla paura d'una morte violenta, a colpi d'ingegno normativo quest'animale debole e pieno di vanità costruisce delle meraviglie.

2.6. La decisione sui valori.

Nella storia delle idee sui fondamenti metapositivi del diritto abbiamo colto tre modelli di naturalmente giusto: *a*) l'*appetitus* ossia un'ipotetica costante nel fondo biopsichico degli individui; *b*) dei protocolli logicamente necessari, acquisiti in sede di «visione intellettuale», costituenti il presupposto d'ogni immaginabile esperienza morale; *c*) un comando divino in quanto termine ascendente della vicenda cosmica.

Il primo è un assunto suicida: qualunque regola di condotta postula una tensione fra desiderato e dovuto; ogni divieto punta a equilibri artificiali imposti a colpi di violenza psichica; nell'attimo in cui l'ordine dei valori collimi con quello delle pulsioni selvagge, il mondo umano finisce dissolto nel brulichio selvaggio da cui cominciano le speculazioni hobbesiane. I fautori dello «jus quod natura omnia animalia docuit» insinuano delle preferenze sotto una mappa apparentemente obiettiva di sequele fisiologiche; quando degli impulsi escono dal quadro che hanno in mente, li qualificano perversi, come se non fosse un prodotto di cultura il canone di questa scelta, dal tabú dell'omicidio al fantasma fraudolento d'una benevolenza universalmente istintiva; quanto a analisi dei fatti, san Tommaso esce male dalle macchine dialettiche della badessa Delbène, esperta di Spinoza. L'ipostasi di tutte le cause, la chiamiamo «Dio» o «natura», «abita in una mano assassina, nell'esca dell'incendiario, tra le gambe d'una sgualdrina» [Sade 1797, trad. ingl. pp. 15, 20, 35 sg., 40-43].

Gli altri due modelli si elidono: i teologi volontaristi disfano la tela delle cosiddette verità etiche eterne, smascherandole come contingenti, finché, cambiato il contesto sociopolitico della cultura europea, sfumano anche i postulati *de Deo legislatore*; all'illanguidimento dell'immagine d'un supersoggetto le cui scelte discriminano giusto e ingiusto costituendo la norma, corrisponde una reviviscenza d'ontologismo piú o meno intellettualistico. Nelle *Disputationes theologicae in Primam Secundae Divi Thomae*, pubblicate ad Anversa nel 1644, Rodrigo de Arriaga, gesuita, nega che il dovuto *de jure naturae* dipenda «a Deo, ut Legislatore proprie», ossia da un suo comando; indubbiamente le fila del mondo, trame etiche incluse, risalgono a lui, in quanto «Conditor naturae», ma uscitagli di mano, la creazione ubbidisce a una logica autonoma ancorata a dei valori costanti; «haec semel creata», la natura, «ex se dictat furtum, mendacium etc. esse malum», sicché nell'ipotesi assurda che Dio non esistesse, gli uomini «adhuc eo jure obligarentur». Nel *Treatise concerning Eternal and Immutable Morality* [in Prior 1949, pp. 13 sg.] Ralph Cudworth reagisce polemicamente al volontarismo cartesiano (secondo cui anche logica e geometria sono un prodotto contingente della volontà divina): impossibile che le grandezze etiche siano «made by will without nature, because it is universally true that things are what they are, not by will but by nature», e sulle ali di questa solenne tautologia propone degli esempi; è il bianco che rende bianca una cosa, come le rotonde sono tali «by rotundity», le simili a causa della somiglianza, le uguali «by equality», insomma, «by such certain nature of their own». Qualcuno tenta la confutazione del volontarismo in sede logico-formale: «si voluntas Dei esset prima regula justitiae etiam ab intrinseco», e non ci fosse niente di giusto «nisi quia Deus vult», cosa succederebbe quando comandasse all'uomo d'essere disubbidiente? Ovvia la risposta [*ibid.*, p. 16: ivi la citazione da Turretinus, *Institutio Theologiae Elenchicae*]: formule simili non costituiscono un comando piú di quanto sia una proposizione la frase «sto mentendo»; o l'emittente stabilisce che non vadano intese in senso riflessivo, o non significano niente.

Naturale che un cultore di metafisica platonica o aristotelico-scolastica rifiuti quel vertiginoso vacuum etico postulato da Ockham prima del comando divino, indefinitamente modificabile da comandi successivi. Ma i volontaristi non ignorano affatto il bisogno d'un vaglio razionale del comportamento. Comincia Gregorio da Rimini, monaco agostiniano, in un passo del commento a Pietro Lombardo [l. 2, d. 34, q. 1, a. 2]: «probabiliter loquendo, videtur mihi possedici quod peccatum actuale non est aliud quam voluntarie committere aliquid vel omittere contra rectam rationem»; a tali fini la ragione divina equivale a un'altra qualsivoglia, purché sia retta; infatti, a titolo d'ipotesi assurda, se Dio non esistesse o non ci fosse una ragione divina, sarebbe peccato qualunque atto condannabile alla stregua di quella d'un angelo o d'un uomo; supponiamo che in tutto il mondo non ve ne sia nessuna retta; qui pecca chiunque agisca «contra illud quod agendum esse dictaret ratio aliqua recta», se ve ne fosse una. Dopo un secolo, nella seconda metà del Quattrocento, l'assunto riappare in Gabriele Biel, eminente teologo e *sententiarius* tedesco, esponente della «via moderna» ossia ockhamistica, a proposito di una doppia funzione della legge ostensiva e imperativa («dictamen rectae rationis, quod indicative prohibet quicquid noxium est» [l. 2, d. 35, q. un., a. 1]).

Lungo la Scolastica spagnola questo filone discende a Grozio, finché la famosa, ormai scontata ipotesi ateistica – «etsi daremus... non esse Deum...» – diventa lo slogan d'un diritto naturale laico [Fassò 1964, pp. 128-66]. Qualcosa nell'involucro linguistico suona in senso regressivo, da sintomo d'una ricaduta nei feticci del platonismo, come se la lezione nominalistica fosse andata in fumo, con quanto significava in moralità intellettuale, ma la tendenza profonda punta alla φρόνησις piú che a un'ἐπιστήμη. Teniamo conto del contesto polemico: questi teologi e giuristi lavorano all'affossamento d'una morale dell'obbedienza servile; niente di strano nel fatto che le formule qua e là alludano a una geometria di figure etiche sospese *ab aeterno* nello spazio metafisico. Mosse retoriche. Nei *Commentaria ac disputationes in Primam Secundae Sancti Thomae* Gabriele Vázquez postula degli atti buoni o cattivi in se stessi, «ante omnem Dei voluntatem et imperium, imo etiam ante omne judicium» in questo *milieu* è un luogo comune l'ipotesi che Dio non esista; lui ne pone una atroce: che esista ma sia un soggetto senza discernimento. Ebbene, se ne avessimo noi, «maneret etiam peccatum» [d. 97, cap. 1, §§ 1 sgg.]. Il canone su cui misuriamo gli atti umani non consiste in nient'altro che nella «ipsamet rationalis natura ex se non implicans contradictionem»; commisurate ad esso, «jure naturali bonae actiones conveniunt et aequantur»; le cattive

«dissonant et inaequales sunt», perciò le qualifichiamo cattive [d. 150, cap. III, §§ 22 sgg.]. L'eclissi di Dio fonda polemicamente l'autonomia morale dell'uomo. Abramo esce male da questo giudizio. Che poi la *ratio* non sia lo specchio di verità assoluta ma un organo di faticose mediazioni, lo sapeva già san Tommaso. Il mondo etico cresce come una tela di giudizi indefinitamente perfettibili. Depurata dei contenuti di fantasia, l'idea giusnaturalistica diventa tensione critica davanti ai dettati positivi, empirismo raziocinante, calcolo di politica legislativa [Welzel 1951, trad. it. pp. 283 sgg., 317-31, 334-43]; un'analisi intellettualmente scaltrita la confina in tali limiti: del resto, l'alambicco delle codificazioni ha già consolidato in diritto positivo i τόποι dello *jus naturale* sei e settecentesco [Piovani 1961, pp. 46 sg.].

La visione laica del mondo esce da un doppio movimento speculativo: il nominalismo scardina l'universo scolastico liquidando essenze, idee, trame metafisiche; alla fine restano gli individui, Dio incluso; la macchina logica lavora di combinazioni in questo vuoto. Una pluralità metafisicamente disarticolata stimola i paradossi dell'etica volontaristica, senonché il metodo contiene in se stesso l'antidoto all'immoralismo d'una teoria dell'obbedienza pura: già nelle *Sententiae* di Ockham l'immagine della *recta ratio* allude a un gusto sperimentale del praticamente ragionevole; punta lí, sotto formule d'inflessione platonica, anche la reviviscenza intellettualistica da Gregorio ai giusnaturalisti del Seicento; decaduto Dio a ipotesi superflua, cade la legge divina positiva; la scienza del giusto diventa un calcolo sulle possibili direttive del comportamento sociale, in base a scelte dialetticamente argomentabili, sebbene resti un fondo alogico tanto piú opaco quanto meno evoluta la qualità dei contendenti. Ma l'ideologia volontaristica conteneva anche del tossico; spodestato il sovrano celeste, un *transfert* gliene sostituisce di terreni: la liturgia delle adunate di Norimberga e l'autodafé di Bucharin sono fenomeni definibili in chiave di sacro. Il paziente sopraffatto cade in ginocchio davanti all'antagonista e lo adora: le metafore animalesche del libro di Giobbe insinuano il sospetto che sia un'ottusa potenza infraumana, come nell'ipotesi empia di Gabriele Vázquez; i soccombenti le attribuiscono disegni talmente perfetti che non li vediamo, ma sa di panico la mossa, una frode a se stessi. Qui sant'Agostino vale meno di Pelagio: la morale è una costruzione umana, venuta su secondo linee tendenzialmente ateistiche; al di là d'un dato limite le accensioni emotive intorbidano il quadro degli atteggiamenti pensanti in materia pratica.

L'esito politicamente importante della filosofia giusnaturalistica sta nella scoperta di quanto relative e fallibili siano le soluzioni giuridiche positive: l'autorità non è santa; il diritto consiste in un gioco sociale le cui regole, quanto a status logico, non differiscono da quelle degli scacchi; il fatto che garantisca la vita in comune, lo rende piú serio d'altri giochi ma non ne modifica la qualità; ci sono delle regole, i custodi dell'osservanza e quelli che giocano; alcuni incappano in trasgressioni; a volte qualcuno le rifiuta tutte rompendo il cerchio dell'*in-lusio*. Le formule composte da un parlamento non sono meno discutibili di quelle inventate da qualunque altro soggetto individuale o collettivo. In linea di comportamento ragionevole, la coesistenza disciplinata vale molte rinunzie, ma se lo stabilisce l'interessato il limite del non abdicabile. La decisione pratica discende da un calcolo delle poste in gioco. Ismene conclude che nella scala dei mali la morte violenta inflitta a titolo di castigo sia peggio di un'offesa agli affetti familiari: ubbidirà al divieto di sepoltura chiedendo perdono a Polinice; la pressione sociale la costringe in un dato spazio; «che follia uscirne» [*Antigone*, vv. 65-90]; non è abbastanza forte da sfidare la città [*ibid.*, vv. 103 sg.].

Al posto d'Antigone un tomista disquisisce furbescamente sull'editto di Creonte sostenendo che sia giuridicamente invalido, in quanto viola la legge divina. Lei non spende nemmeno una battuta sulla questione: se l'ha emesso Creonte, secondo la costituzione di Tebe è valido, ma questo non toglie che il caso sia valutabile alla stregua d'un'altra legge, fondata nell'ordinamento divino, ed essendo le due norme incompatibili, chi adempia l'una viola l'altra; soppesati i rispettivi interessi, sceglie quello proiettato nell'aldilà; «dovrò piacere piú a lungo a quelli di laggiú che a questi» [*ibid.*, vv. 94-101]; «sapevo che sarei morta, eccome, anche se non l'avessi comminato tu»; in fondo, ci guadagna [*ibid.*, vv. 560-85]. Anche Creonte agita delle questioni di coscienza nel dialogo col figlio, dal punto di vista d'un legislatore: non sacrifichi l'anima a quella donna; sarebbe una gelida compagna di letto; è stata colta in un delitto flagrante, dunque merita la condanna; lui non si smentisce davanti alla città; guai se allevasse del disordine in casa; avendolo messo alla testa dello Stato, bisogna che tutti gli ubbidiscano in ogni cosa, giusta o meno; solo gli ubbidienti sono idonei al comando; niente di peggio dell'anarchia, affossa le istituzioni; l'ordine va difeso ad ogni costo [*ibid.*, vv. 796-848]. Il coro li giudica ragionevoli questi argomenti; nella diagnosi eufemistica di Emone, invece, suonano da sintomo d'una chiusura paranoica [*ibid.*, vv. 849-906]. L'autentica dialettica tragica esclude una soluzione perfetta: ve ne sono almeno due, rischiose; ognuna delle parti in conflitto ne sceglie una buttando via qualcosa affinché le resti qualcos'altro; il lato terribile di queste partite sta nel fatto che perdano tutti.

Persino nella sintassi hobbesiana dell'obbedienza – la piú conseguente apologia filosofica del mimetismo – ci sono degli angoli amorfi dove i comandi del sovrano non obbligano i sudditi *de jure naturali*, sicché cade il fondamento del diritto positivo, ad esempio quando l'atto comandato sia incompatibile con la conservazione della vita o d'un'altra cosa che, secondo l'interessato, valga piú della vita. In qualunque sezione lo consideriamo, il fenomeno giuridico svela l'economia elementare d'una scommessa. In lingua colta, il diritto è sovrastruttura: scomponendolo, a una data profondità scoviamo delle costanti passibili d'analisi quantitativa, impulsi orientati in senso narcisistico o aggressivo; l'inventore di norme fa miracoli modellando una materia alquanto ignobile. Qui scoppia lo sdegno degli spiritualisti. L'argomento polemico meno banale pressappoco suona cosí: «l'idillio di Tristano e Isotta non è soltanto tensione di vescicole seminali, secrezione di mucose e simili»; infatti, vi sfilano fantasie, idee, sentimenti, cose non meno reali d'un fenomeno endocrino; an-

che le mediazioni del discorso giuridico sono reali, dal testo d'una legge attraverso le chiose dei dottori fino alla sentenza del giudice, ma quando le ricomponiamo secondo il metodo esposto nella prefazione al *De cive*, tolti gli ornamenti, restano quel fondo d'istinti e molta astuzia intellettuale investita in macchine di parole.

2.7. Giurisprudenza.

Ogni individuo capace d'esperienze ne ha una, almeno organica e inconscia, del diritto vigente nella comunità a cui appartiene: negli strati opachi l'intelligenza sociale lo avverte appena, quale dato naturale dell'ambiente, un ordine immanente nel mondo (Δίκη, le Μοῖραι, il contrappasso e simili ipostasi d'una pressione del gruppo); a un dato punto, il meccanismo suscita delle curiosità intellettuali. Se ne parla molto, in molte chiavi. Esiodo l'ha sperimentato nel misfatto dei giudici venduti al fratello Perse in una causa d'eredità [*Le opere e i giorni*, vv. 27-39, 213 sgg., 248]; non contento d'aver vinto iniquamente, quel manigoldo gli sta insidiando il resto dei beni; le *Opere* proiettano su scala cosmica l'avventura d'un secondo processo pendente; qualche filologo li legge come un memoriale difensivo.

Il terzo episodio delle *Eumenidi* contiene una scena curialesca: il collegio dell'Areopago, presieduto da Atena, giudica Oreste, accusato dalle Erinni e difeso da Apollo; l'intrigo contiene un ricco scibile giuridico, tanto nel merito che in rito. Accusa e difesa discutono su un conflitto di norme, anzi d'ordinamenti: di qua il tellurico, di là l'olimpico, matriarcato-civiltà del padre, contrappasso oggettivo-analisi dei motivi; da un lato, sembra che l'oracolo d'Apollo, «vendica il padre», scrimini il matricidio d'Oreste, ma l'azione persecutoria delle Erinni colpisce ogni assassinio consumato nel γένος, sostituendo la vendetta di sangue ad opera del congiunto quando sia lui l'assassino [Rohde 1890-94, trad. it. p. 272]; l'accusa definisce irrilevante il fatto che Clitennestra avesse ucciso Agamennone, non essendo i due consanguinei; Apollo nega il *distinguo*; l'uxoricidio offende un istituto fondato da Zeus, Era e Cipride; ingiusto dunque quest'accanimento sul solo Oreste [*Eumenidi*, vv. 210-24]. Notiamo come la difesa sorvoli sul precedente d'Ifigenia: se Oreste ha adempiuto un dovere di vendetta sull'assassina del padre, l'assassinio rituale della figlia, consumato da Agamennone, scrimina l'atto vendicativo della madre. Un castello d'aporie. Al culmine del dibattimento il difensore esce con una mossa astuta *in facto*; ammesso che l'uccisione d'un consanguineo sia imperdonabile, tale non è il caso d'Oreste; Clitennestra aveva soltanto ospitato il seme d'Agamennone; i figli li genera il padre [*ibid.*, vv. 658-61], e questa massima d'embriologia chiude la discussione.

Ogni dialogo sui rispettivi *petita* implica una dialettica della controversia nelle cui maglie le parti giocano a colpo sicuro. Protagora ha pattuito con Eulato – o Corace con Tisia, nella versione di Ermogene – un compenso, pagabile quando l'allievo vinca la prima causa, ma «discipulus moram in orandis causis facit» [in Leibniz 1664, trad. it. pp. 278 sg.]; il maestro rompe lo stallo

con una domanda, *dum condicio pendet*; comunque finisca, Eulato è in trappola: se gli va bene, ha vinto la prima causa e, avverata la condizione, scatta il patto; qualora sia condannato, vale la *res judicata*. No, risponde il convenuto, non gli deve niente, in nessuno dei due casi: se vince, *ex re judicata*, se perde, *ex pacto*. Il giovane Leibniz esclude che, data quella *causa petendi*, la domanda sia accoglibile; quanto all'esito finale della lite, dipende tutto dalla disciplina della *pluris petitio*; Protagora *plus petit tempore*, in quanto chiede la condanna al pagamento d'un debito soggetto a condizione; va stabilito se il soccombente subisca una *amissio litis* – l'accertamento negativo del diritto, con effetto incondizionatamente preclusivo – o *instantiae*, nel senso d'un giudicato endoprocessuale; nel secondo caso, soccombendo l'attore, «eo ipso implebitur conditio salarii, quia eo ipso Evathlus primam causam obtinuit»; basta che il soccombente proponga una seconda domanda, «nulla amplius exceptione infirmabilis» né preclusa dal giudicato, essendo stato assolto il convenuto «non a lite sed instantia»; a tale conclusione cospirano «aequitas et jus strictum... cum in dubio causa Magistri favorabilior esse debeat».

Anche i dialoganti del *Minosse* discutono di legge, anzi su cosa essa sia: è un atto che prescrive qualcosa, secondo Amico; Socrate gli imputa una *naturalistic fallacy*, come la chiama George Edward Moore nel capitolo I dei *Principia Ethica* [sulle ascendenze, cfr. Prior 1949, pp. 95-107]; se, infatti, alcune deliberazioni della città sono buone e altre cattive, mentre la legge è qualcosa d'intrinsecamente buono, non possiamo definirla «una deliberazione della città» [*Minosse*, 314a-e].

Ecco quattro discorsi sul diritto. Il primo espone i buoni sentimenti d'un perdente, dedito a fantasie di giustizia celeste: la macchina giuridica positiva incombe nello sfondo come un'entità sospetta; spira aria di cautela contadinesca. L'ultimo manipola astutamene una figura di pensiero selvaggio da cui, in mani meno abili, discendono volute d'enfatico *verbiage* giusnaturalistico. Nessuno dei due contribuisce a un'epistemologia giuridica. Piú interessanti il secondo e terzo campione. Le Erinni e Apollo giocano una partita a colpi di parole davanti all'Areopago: sorda, ossessiva, monocorde l'accusa, come impone la figura delle tre «Vergini repellenti, vecchie fanciulle vizze da cui stanno lontani dèi, uomini, fiere» [*Eumenidi*, vv. 67-70], immagini d'un ordinamento quasi estinto; il difensore disquisisce da buon politico; Atena presiede con pochi scrupoli d'imparzialità. Sebbene l'oggetto della contesa sia giuridicamente definibile e il secondo episodio proponga l'idea d'un organo di giurisdizione permanente, nella scena del terzo domina un conflitto di potenze allo stato puro; il meccanismo processuale non offre vie d'uscita: le «figlie della notte» rifiutano il verdetto di parità, favorevole a Oreste secondo la regola di giudizio imposta dalla dea, in quanto offende le «norme antiche», e minacciano sulla contrada il solito contrappasso in veleno spremuto dal cuore, sterilità, nebbie tossiche; fortunatamente Atena le acquieta con l'offerta di compensi allettanti; Πειθώ, la persuasione, intesa come una potenza demonica ambivalente, qui esibisce la faccia positiva [*ibid.*, vv. 885, 970-75]. Il conflitto finisce in un baratto stragiudiziale.

In quel primo dibattimento davanti all'Areopago nasce un apparato di valutazioni giuridiche positive. Nella causa Protagora-Eulato ne vediamo uno perfettamente costituito in materia civilistica: violenza e incantesimo non vi allignano piú, in forma visibile almeno: le griglie d'un'azione formalmente disciplinata catturano ogni contenuto della controversia. Attore e convenuto disputano da consumati conoscitori dello strumento: in poche battute viene su una teoria della cosa giudicata, sulla linea di confine tra questione di merito e processo, ma niente prova che nello sfondo vi sia una scienza giuridica. I disputanti sono retori: il caso vuole che discutano d'un debito *ex contractu*; la tecnica dell'argomentazione sarebbe la stessa se fosse in gioco un'apologia di Elena, come nell'omonimo *Encomio* di Gorgia; non esiste ancora il nome 'giurista'. Ai giuristi compete una data figura sociale: al esempio, *justiciarius*, membro del collegio pontificale, *serjeant at law*, avvocato, *barrister*, magistrato, *soferim*, docente in un Inn of Court o in una università; lo status piú o meno prestigioso dipende dal posto di ciascuno nel meccanismo d'un lavoro collettivo chiamato 'giurisprudenza'. I singoli contributi non assumono mai il senso pubblico d'un gesto creativo: Hammurabi, Mosè, Licurgo, Solone, non sono giuristi ma legislatori, in quanto fondano un dato diritto; il giurista ne media uno esistente trovando la norma applicabile al caso singolo. L'operazione avviene in due modi: o c'è un testo o il diagnosta agisce su un modello normativo a base consuetudinaria indefinitamente integrabile.

Ogni fonte vincola il trovatore di norme a un metodo. Vediamoli nello specchio di due giurisprudenze, rabbinica e romana. In un primo tempo l'esegeta postula che nel testo sia contenuto tutto il giuridicamente predicabile; le sue analisi semantiche definiscono i singoli termini descrittivi: la legge pone delle fattispecie, lui enuclea le classi e ne conta i membri. Ad esempio, un versetto dell'*Esodo* [16, 29] comanda che nessuno esca di sabato. Un altro passo [*Geremia*, 17, 21 sg.] spiega come il comandamento sul sabato sia violato da chiunque porti dei carichi, ne introduca dalle porte della città o li mandi fuori casa. Una massima della *Mishnāh* enumera trentanove lavori vietati di sabato [*Shabbāt*, 7, 2]: l'ultimo consiste nel trasporto di qualsiasi oggetto attraverso un confine di proprietà; vastissima l'area del comportamento vietato; vi incappa chi fa o scioglie un nodo, dà due punti o, proponendosi di cucire, strappa un filo, scrive due lettere o a tal fine raschia un foglio. Nasce il dubbio che la classe sia stata costruita su un'immagine piuttosto vaga. Nel discorso logicamente disciplinato un simbolo classificatorio denota in quanto connota, ossia designa tutti gli individui a cui risulti applicabile un dato paradigma. Qui il lavoro avviene in senso contrario, secondo un movimento ascendente dai casi individuali all'enunciato contenente la premessa classificatoria, in quanto ne emerga una: può darsi che mosse selettive eseguite fuori d'un piano mettano capo a collezioni eterogenee.

La struttura logicamente debole apre spiragli indefiniti alle ipotesi esegetiche: sono dei trasgressori il sarto e lo scrivano che di venerdí sera escano con l'ago e la penna, nessuno legga al lume d'una lampada, essendovi il pericolo che la inclini affinché l'olio defluisca nel lucignolo [*ibid.*, 1, 3]; colpevole

chi trafigge un guscio d'uovo e, riempitolo d'olio, lo colloca sulla lampada, anche se fosse un vaso di terracotta, sebbene in quest'ultimo caso la voce isolata del rabbī Giuda il Patriarca, compilatore della *Mishnāh*, concluda a favore del fedele [*ibid.*, 2, 4]; niente di male se uno spegne il lume nella notte di sabato, in quanto abbia paura dei gentili o dei ladri ovvero in casa vi sia un malato bisognoso di sonno; nessuna scusa se l'atto procede da calcoli d'economia, ma rabbī Jose distingue secondo che l'utente risparmi la lampada, l'olio o il lucignolo; solo nell'ultimo caso lo spegnimento merita condanna perché produce del carbone – lo stoppino annerito poi si accende meglio – e cosí costituisce un lavoro inteso a fini economicamente valutabili [*ibid.*, 2, 5]; secondo rabbī Elī'ezer, viola la norma chiunque tessa tre o piú fili su una tela appena cominciata o anche solo uno quando la tela sia compiuta; l'opinione comune individua la quantità proibita in due fili, indipendentemente dalla fase della tessitura [*ibid.*, 13, 1]; quanto ai nodi, rabbī Mē'īr ammette quelli che si disfano con una sola mano [*ibid.*, 15, 1]; stanno nelle regole la donna che annoda i lembi della camicia e chi attinge acqua legando il secchio a una cinghia, non quando lo leghi a una corda; anche qui rabbī Giuda, incline a interpretazioni permissive, estende il comportamento facoltativo a ogni nodo che non duri [*ibid.*, 15, 2]; incolpevole la donna che esca con dei capelli posticci o un grano di pepe, sale o qualsivoglia altra cosa in bocca, purché non ve l'abbia messa di sabato; se però le cade, non la raccolga; rabbī Giuda spinge la tolleranza al punto d'ammettere un dente falso o rivestito d'oro, contro l'opinione comune [*ibid.*, 6, 5].

Quando scopre che il testo non basta l'esegeta introduce qualche nuova fonte, di solito sotto banco, o lavora di fantasia al di là d'ogni regola semantica. I rabbini seguono entrambe le vie: la *Mishnāh* e un commentario di tradizioni orali, *Halakoth*, che valgono quanto la legge scritta, anzi esigono un adempimento piú rigoroso [*Sanhedrin*, 11, 3]; nei sedimenti di *Midrāsh* che vi emergono – un metodo didattico basato sull'esposizione commentata della Bibbia – la fantasia esegetica, specie nella scuola di rabbī Akiba, scova nel testo misteriosi sensi [le fonti in Danby 1933, pp. XXIV sg.]; vengono di qui i «segreti alla legge» nell'allegorismo cabalistico; la *Tōrāh* – *Pentateuco* piú *Halakoth* – diventa un labirinto di simboli; la mistica dello *Zōhar* le attribuisce settanta facce visibili dall'iniziato; Yitzchaq Luria ne conta seicentomila, tanti quanti gli ebrei al tempo della rivelazione [Scholem 1957, trad. it. pp. 45-50 e 288 sgg.]. Da simili fonti nasce una giurisprudenza casistica proliferante in sequele orizzontali a connettivi tenui, uno svolgimento aperto a qualche lampo intuitivo e all'acume microanalitico, con tanto *verbiage* ossessivo. La *summa* compilata nel II secolo da rabbī Giuda forse aspira a un quasi sistema ma la materia esclude ogni struttura verticale. L'effetto complessivo sa di centone disarticolato: sepolte nella massa di minuzie le premesse o proposte obliquamente, come *obiter dicta*; capita che la meno importante sia svolta di piú; la mappa degli argomenti, fedele a una vecchia didattica, dipende da somiglianze casuali, ad esempio che alcune massime abbiano qualche parola in comune [riferimenti in Danby 1933, p. XXV].

Agli antipodi, la giurisprudenza romana. Qui non c'è un testo: «jus civile... sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit» [*Digesto*, 1, 2, 2, 12]; in un passo di Gaio [1, 7] «responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est jura condere», una definizione anacronistica perché il lavoro collettivo dei giuristi precede la norma imperiale che vincola il giudice al responso del consulente. La «prudentium interpretatio», come la chiama Pomponio, è un atto ricognitivo [Arangio-Ruiz 1934] ma la norma non emerge da mediazioni linguistiche: il diagnosta lavora «sine scripto» sul dato organico. Il codice genetico consiste in un nucleo d'istituti costituenti la struttura della società romana: dal *mancipium* discendono diritti di famiglia e rapporti patrimoniali, la tutela della *potestas*, le servitú dalla proprietà d'una striscia di suolo; che un programma genetico vincoli il giurista, lo vediamo nella parabola dello sviluppo civilistico da *interpretatio*; esaurite le possibilità generative del modello, vengono in gioco altre fonti [Grosso 1953, pp. 61-78]. Quel vincolo esclude alchimie volontaristiche e automatismi deduttivi: sebbene stia nel quadro, la conclusione non è calcolabile come un teorema dagli assiomi; niente somiglia a un meccanismo combinatorio nel lavoro degli *juris prudentes*; questa *prudentia* è acume induttivo, sensibilità alle variabili sociali, gusto della proporzione, infatti lo svolgimento costruttivo segue un disegno sottinteso d'analogie finché siano esaurite le valenze dell'archetipo. Assente lo scrupolo definitorio, sul presupposto che «in jure civili omnis definitio» sia «periculosa» [*Digesto*, 50, 17, 202]. L'istinto architettonico del molteplice e complesso spiega il fenomeno tipicamente romano dei sistemi incompatibili coesistenti in un medesimo ordinamento: la *lex*, ad esempio, non abroga lo *jus civile*, anche se in qualche caso chi lo esercita incappa in una sanzione: istituti corrispondenti al mutato contesto sociale spesso nascono nel processo; nessuno sostiene che la vecchia disciplina non viga piú, ma il pretore nei singoli casi manipola la tutela giurisdizionale con degli espedienti; le regole che impone a se stesso nell'editto annuale, confluendo in un *edictum tralaticium* cresciuto di mano in mano fino al definitivo consolidamento, proiettate nello spazio extraprocessuale, costituiscono un sistema di norme piú potenti delle antiche.

Nel secolo XII la rinascita bolognese del diritto romano suscita nuovi stili di giurisprudenza. Nel racconto di Odofredo «dominus Irnerius», un maestro d'arti, è il primo che osi «dirigere cor suum ad legem istam» i testi della compilazione giustinianea; «studuit per se sicut potuit, postea cepit docere in jure civili», inventandosi gli strumenti: i *libri legales* c'erano ma nessuno li capiva. Tanto bravi quanto ignoranti questi glossatori: mettono Giustiniano e Ulpiano *ante Christum natum*; sgangherate le ipotesi etimologiche; si chiama Cesare «quia de ventrem matris caesus fuit», Augusto «quia eius debet esse propositi, ut augeat imperium»; dall'accoppiamento d'una donna con un animale nasce il *vitulus* [Calasso 1954, pp. 524 sgg.]. Mancano di prospettiva storica anche nelle cose attuali: quando dicono «sed hodie jus mutatum est», l'avverbio di tempo designa l'epoca di Giustiniano, sei secoli prima. Pendono dal lato dell'impero e professano un'ideologia d'ordine. In fondo, sono abbastanza consueti certi contrasti; la mappa dell'intelligenza giuridica ne esibisce di violenti: Jean Bodin, ad esempio, testa forte del Cinquecento, inveisce paranoicamente contro chiunque metta in dubbio la combutta diabolica delle streghe.

Dominus Irnerius e i suoi allievi vengono dalle discipline del trivio; il tirocinio di grammatica, retorica, dialettica, li educa al discorso asistematico su questioni plurisolubili: ogni disputante vi applica degli schemi d'argomentazione pescati nel catalogo dei τόποι; cavatane una premessa, imbastisce poche mosse deduttive, finite le quali, ci vuole una seconda premessa e via seguitando, in uno svolgimento discontinuo inteso a conclusioni piú o meno probabili. Godono di molto credito gli argomenti d'autorità [Piano Mortari 1954] e somiglianza [Perelman e Olbrechts-Tyteca 1958, trad. it. pp. 322 sgg., 392 sgg., 417 sgg.]. Un sistema, quale che sia, circoscrive lo spazio logico escludendo come irrilevanti i problemi che non vi siano risolubili. Dove invece viene in primo piano il problema, i sistemi decadono a espedienti giudicati in base al rendimento dialettico: se uno non serve, se ne mettono in gioco degli altri [Klug 1951, p. 148]. A tali contese ripugna un *non liquet*: il problema va risolto in qualche modo, sebbene nessuna soluzione sia definitiva; la clausola «mihi videtur sine praejudicio melioris sententiae», comune nelle conclusioni di Pillio da Medicina, sottintende l'apertura a un possibile indefinito. L'esegesi assume la forma d'una chiosa al testo, o glossa, e già qui il lavorio sulla *litera* mette capo a una teoria: niente, nel labirinto del *Corpus juris*, sfugge ai glossatori; lo studio parallelo dei testi dissonanti suggerisce tentativi d'architettura concettuale; li impone la prassi; bisogna che la massima applicabile nel caso singolo sia univoca. Un gusto definitorio ignoto ai Romani enuclea delle strutture sepolte; li chiamano *dogmata*, come in teologia, questi «principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum» [Azzone, *Summa Institutionum*, proemio, § 2]; il vocabolo resta nell'uso; anche oggi il «dogmatico» fabbrica delle macchine concettuali dal materiale legislativo. Dal bisogno di sistema nascono le *Summae*, un genere evoluto rispetto alla chiosa; il repertorio ne conta quattro sul Codex; nell'ultima Azzone critica quella di Piacentino: gli sembra che «in quibusdam minus plene, in quibusdam ordine irregulari, et in quibusdam non observato tramite juris confuse processisse» [*ibid.*, n. 2].

L'avvento dei commenti svaluta il modello aforistico o «via brocardica», accentuando l'impulso sistematico, emerso molto nettamente già da due secoli nella seconda maniera d'Abelardo: il *Dialogus inter Philosophum, Judaeum et Christianum* [in Migne, *Patrologia latina*, CLXXVIII, coll. 1609-82] propone un modello normativo avente base assiomatica, chiuso e compatto [Giuliani 1966, pp. 189-216]; nei commentatori, invece, la tendenza resta in superficie, diluita dal solito flusso dialettico. Il movimento avvolgente dei *Consilia* di Bartolo – *quaeritur, videtur quod, in contrarium facit, ad solutionem* – riproduce quello della *Summa Theologiae* [Coing 1954, pp. 71-97]. Analoga la struttura dei *Commentaria in primam Digesti novi partem* [Viehweg 1953, trad. it. pp. 79 sgg.]. Il *mos italicus* diventa metodo didattico; un distico mne-

motecnico di Matteo Gribaldi Mopha lo scandisce cosí: «premitto, scindo, summo, casumque figuro, | perlego, do causas, connoto et obiicio». Il pericolo di tali metodi, appena decada la qualità delle teste, sta nell'escrescenza d'una loquela sintattica; c'è della ripulsione fisica nel modo in cui gli umanisti del *mos gallicus* detestano questo gergo proliferante: in una similitudine di Rabelais [II, 5] le *Pandette* sono «une belle robbe d'or triumphante et précieuse à merveilles»; peccato il ricamo di sterco, la *Glossa d'Accursio*, «tant salle, tant infame et punaise, que ce n'est que ordure et villenie». Chi la studia beve «accursianum absjnthium». Cuiacio liquida seccamente l'intera scuola: «verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi». Ma gli umanisti della scuola di Bourges sono dei raffinati filologi il cui insegnamento non lascia segni nella prassi, esponenti d'un *Professorenrecht* librato nel vuoto. Gli studenti vogliono il metodo di Bartolo; «nemo jurista nisi bartolista»; in Germania «Bartoli auctoritas suprema habetur in actu pratico: contra ipsum... contrarium defendere perquam est temerarium»; le dottrine sue e quelle di Baldo «non minus jus faciunt quam principum constitutiones» [Koschaker 1947, trad. it. pp. 181 e 190-202]. In Spagna e Portogallo le *Ordenaçoes Filipinas* del 1603 [l. 3, tit. 64 pr.] stabiliscono che dove non siano applicabili testi romani, norme canoniche o la *Glossa d'Accursio*, «se guarde a opinião de Bartolo, porque sua opinião communemente he mais conforme a razão». In Germania il Reichskammergericht, istituito nel 1495, applica diritto romano nell'*interpretatio* italiana: «quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum». In Francia la redazione scritta delle *coutumes*, disposta da Carlo VII nel 1453, pone il problema della fonte applicabile in via sussidiaria: il diritto romano, dicono alcuni; altri lo negano in base a un calcolo geopolitico ma, quando il caso non sia risolubile secondo una *coutume* vicina a quella di Parigi, ammettono che valga il testo romano, «non ratione Imperii sed imperio rationis» [Calasso 1954, pp. 573 sg. e 613 sg.].

L'idea che il *Corpus juris* sia *raison escripte* contiene un embrione destinato a cospicui sviluppi. Caduta la giurisprudenza in mano ai pratici, avviene qualcosa di molto importante nell'ambiente filosofico. La Facoltà di Heidelberg del 1660 istituisce una cattedra di diritto naturale e chiama Samuel Pufendorf, i cui otto libri *De jure naturae et gentium* dodici anni dopo incardinano una genealogia di speculazioni a forte impulso sistematico culminate nel *mos geometricus* di Christian Worlf, Daniel Nettelbladt e successori. Nell'exploit dogmatico confluisce quel gusto euclideo che Leibniz aveva coltivato da giovane in un trattatello sulle condizioni programmaticamente intitolato *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure*: «doctrina de Conditionibus pars quaedam est Logicae Juridicae, agens de Propositionum Hypotheticis in jure...» [1665, ed. 1960 p. 306]. La cosiddetta «parte generale» somiglia a un sistema tolemaico di relazioni giuridiche: al centro un soggetto, postulato fuori d'ogni norma positiva come ascendente di qualsivoglia discorso in *rebus juridicis*; i suoi predicati compongono la costellazione dei diritti, in alcuni punti fissa, in altri mobile; alla dinamica corrisponde una teoria degli atti giuridici [Orestano 1959*a*, pp. 94 sgg.]. Nella pandettistica ottocentesca [cfr. Schwarz 1921] – un impasto di giusnaturalismo, diritto romano e «spirito dei professori tedeschi» [Koschaker 1947, trad. it. p. 486] – quest'apparato diventa l'ideologia giuridica d'un'economia di mercato; viene in primo piano la figura del negozio: si chiamano cosí gli atti in cui qualcuno esercita sovranamente un diritto soggettivo inteso quale «signoria della volontà».

Il giusnaturalismo settecentesco conteneva della potenza negativa in salutare tensione polemica col presente; la metamorfosi della società politica invera quei teoremi, poi, fra restaurazione e romanticismo, le cose rifluiscono. I tempi puntano a equilibri filistei. C'è del Biedermeier anche nel sistema architettato dai pandettisti, una perfezione morta da teatro meccanico. Il secolo finisce cosí, in chiave d'ottimismo lievemente ottuso, senza presentimenti. Nella quarta decade, l'anno 1832, era avvenuta una cosa importantissima, naturalmente sfuggita ai competenti. È un libro, edito a Londra e intitolato *The Province of Jurisprudence Determined*. L'autore, John Austin, nato quarantadue anni prima, appartiene alla famiglia delle intelligenze perdenti: dopo cinque anni nell'esercito e sei di studi legali ne ha spesi sette in un'oscura pratica avvocatesca, perseguitato da un bisogno ossessivo di perfezione in quel suo lavoro di minutante; chiamato nel 1826 alla cattedra di *jurisprudence* nell'università di Londra appena istituita, dopo un soggiorno di studio a Bonn ha cominciato le lezioni nel 1828 davanti a un pubblico scelto (John Stuart Mill, George Cornewall Lewis e altri del circolo benthamista), senonché, non godendo d'uno stipendio a carico dell'università, vive sui *fees* degli studenti; la sua materia è facoltativa nel corso di studi d'un *barrister*; insomma, l'hanno nominato a una cattedra passiva; a quel posto ci vuole uno con mezzi di fortuna o guadagni professionali; nel giugno 1832 tiene l'ultima lezione. Confida talmente poco in sé che gli sembra un miracolo l'uscita del libro, contenente le prime dieci lezioni, ridotte a sei. Nessuna delle riviste che contano lo degna della minima attenzione. Altrettanto sfortunato in seguito: contatti deprimenti nella commissione di riforma penalistica del 1833, un corso di lezioni all'Inner Temple affidatogli sperimentalmente e abortito, nel 1836 una missione a Malta revocata in capo a due anni in forma quasi ingiuriosa. «Sono nato nel tempo sbagliato» e diagnostica la sua vocazione mancata: *magister* nel Duecento o professore tedesco contemporaneo; Friedrich von Savigny e Gustavus Hugo guadagnano pochissimo rispetto agli avvocati inglesi ma quella professione lo affascina. Scontento del libro, non ci mette piú mano e cova piani di lavoro visibilmente impossibili [Austin 1861, pp. 1-16].

Le *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, incluse le sei apparse nel 1832, vedono la luce postume in due volumi nel 1861 e 1863. Ricco e scelto lo sfondo d'esperienze teoriche, dalla pandettistica ai piú notevoli contributi dei penalisti tedeschi [ed. 1885, pp. IX-XIII]. Molto inglesi le ascendenze filosofiche, da Bentham in su; è un nominalista di razza: probabilmente non conosce Ockham ma usa benissimo il rasoio. In Hobbes vede spietata «onestà intellettuale e un'enorme intelligenza»; decomposto il meccanismo di quel «religious duty» d'obbedienza, vi coglie i punti deboli, in sede politica e tecnica, notando come nessuno abbia raggiunto un simile *visus*

nell'analisi delle strutture politico-giuridiche: la figura malfamata d'ateo e apologeta della tirannide gliel'ha affibbiata il clero di tre confessioni, papisti, anglicani, presbiteriani [*ibid.*, pp. 279-82]. Ovvio che siano caduti nel vuoto i quattro anni d'insegnamento cattedratico, *The Province of Jurisprudence Determined* e l'ultimo esperimento didattico all'Inner Temple: a un pubblico intellettualmente sordo dicono poco queste cose, ma l'esito non sarebbe cambiato di molto nell'Europa continentale; c'è una distanza siderale dalle decomposizioni d'un ockhamista d'istinto alla pesante architettura dei pandettisti, infatti di qua della Manica lo ignorano fino al declino del secolo (ne parla Karl Bergbohm in *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892), sebbene in Inghilterra sia diventato un'autorità dal 1861 in poi, essendovi mutata la didattica professionale e accademica [Hart 1954, p. XVII]: l'edizione delle *Lectures* a cura di Robert Campbel, nel 1885, è la quinta. L'introduzione al corso, intitolata *On the Uses of the Study of Jurisprudence* [ed. 1885, pp. 1071-91], enuncia questo programma scientifico: i giuristi studiano il diritto positivo vigente in comunità politicamente autonome, «by the express or tacit authority of its sovereign or supreme government»; sotto differenti vesti verbali, i sistemi positivi hanno molto di simile; tali concetti comuni costituiscono il tema della *general jurisprudence*, altrimenti denominabile *philosophy of positive law*, dove *philosophy* significa *general principles*. Qui emergono due piani, piú intravvisti che esplicitamente distinti: alcune costanti formali – ad esempio, predicati quali «dovuto» o «facoltativo» – e dei concetti generali, a cui mette capo l'indagine classificatoria sul complesso degli istituti; la prima disciplina studia le strutture della lingua giuridica, la seconda ne elabora i contenuti; «A deve *x*» designa una relazione ai fini della quale non interessa chi sia A né in che cosa consista *x*; che nessuno risponda penalmente fuori d'un nesso psichico col fatto o che la sentenza precluda un nuovo processo, sono massime vere o false secondo quanto dispongono le singole norme. Il disegno dogmatico viene dall'*Allgemeiner Teil* dei trattatisti tedeschi, col solito fondo di filosofia giusrazionalistica, ma qui circola un acuto bisogno di definizioni pure: la «giurisprudenza analitica», come Austin chiama questo lavoro sulle norme positive, è ideologicamente neutrale; non che l'analista sia condannato al vuoto politico: può darsi che abbia, «and probably has decided opinions of his own», a proposito di «merits and demerits of Law», ma commette un gesto da baro quando le insinua come verità scientifiche; tali stime cadono nell'oggetto di un'altra disciplina, «the Legislation» o politica legislativa [*ibid.*, p. 1078].

L'esigenza di sistema introdotta da Austin genera stimoli positivi nell'ambiente d'una prassi casistica. Sin qui l'effetto non differisce da quello d'una qualsiasi folata di spirito europeo-continentale. Le novità stanno sul piano sintattico: l'indagine muove dall'ipotesi, verificata sul materiale positivo, che tutti i possibili enunciati a contenuto giuridico abbiano una data struttura; chi dispone dei segni elementari, combinandoli esattamente descrive qualunque cosa, anche la piú complessa. L'operazione somiglia a quella eseguita da Giuseppe Peano sulla teoria dei numeri naturali, ridotta a tre idee fondamentali e cinque postulati, ma i numeri sono un composto logico, mentre nel diritto

anche le categorie esangui contengono un residuo empirico. L'archeologia austiniana sceglie come *locus* il comando; eccone l'analisi: «if you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command». Simili messaggi appartengono alla classe delle manifestazioni di desiderio: il tratto specifico consiste nel fatto che il destinatario sia esposto a del male ad opera dell'emittente, se non agisce nel senso desiderato. Seguono alcune definizioni: «being liable to evil from you if I comply not with a wish you signify, I am bound or obliged by your command, or I lie under a duty to obey it»; «doversi comportare in un dato modo» significa che un contegno diverso espone l'agente a una risposta aggressiva; dal punto di vista del soggetto passivo, ogni comando è il rischio d'un male inflitto dall'antagonista; l'effetto probabile dell'inadempimento, «an enforcement of obedience», si chiama «sanzione»; «the command or the duty is said to be *sanctioned* or *enforced* by the chance of incurring the evil» [*ibid.*, p. 89].

Adesso disponiamo di tre termini equivalenti, 'comando', 'dovere' o 'obbligo', 'sanzione'; identico il significato, diversa la funzione espressiva: il primo designa immediatamente l'atto imperativo, il secondo la prospettiva d'un male incombente, il terzo quest'evento; «each of the three terms *signifies* the same notion, but each *denotes* a different part of that notion and *connotes* the residue». Sotto il profilo dell'oggetto, vi sono due tipi di comando: uno, a destinatario singolo o plurimo, contempla la classe degli atti corrispondenti a un modello, ossia «a course of conduct», il secondo concerne qualcosa di «occasional or particular», ad esempio che domani tutti vestano a lutto (la differenza sta dunque nella modalità cronologica della condotta dovuta); quelli della prima specie costituiscono delle leggi [*ibid.*, pp. 91-96]. Qui entrano in campo i termini 'superiore' e 'suddito': «*superiority* signifies might» ossia «the power of affecting others with evil or pain and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one's wishes»; Dio è «emphatically the *superior* of man», essendo onnipotente. Ad ogni sfera di potenza limitata – sovrano politico, *pater familias*, padrone – corrisponde una legittimazione ad atti normativi. *Command* implica l'idea di *superiority*: «laws emanate from superiors» è una tautologia; il predicato non aggiunge niente al soggetto [*ibid.*, pp. 96 sg.]. Ogni fenomeno giuridico corrisponde a tale paradigma o è riducibile a esso, solo che la formula sia adeguatamente trasformata: cosí le leggi permissive e quelle che conferiscono diritti; quando la trasformazione sia impossibile, si tratta d'un avvenimento non giuridico, ad esempio, una *lex imperfecta* che esiga qualcosa ma non commini sanzioni in caso d'inadempimento. La consuetudine è un fatto pregiuridico fino al momento in cui qualche tribunale, fondandovi una decisione, la trasmuti in diritto positivo [*ibid.*, pp. 98-103]. Il fenomeno della sovranità risulta da due condizioni: «che il grosso dei consociati ubbidisca abitualmente al medesimo superiore», identificato in una persona fisica o collettiva, e che questa persona «non ubbidisca abitualmente a un determinato superiore», Dio escluso; sovrano-sudditi sono i termini d'una coppia di relazioni, ciascuna conversa dell'altra; nella metonimia «società indi-

pendente» l'aggettivo qualifica la sola frazione sovrana; una società che soddisfi tale requisito è politica e indipendente; ve ne sono anche di politiche-dipendenti, frammenti d'un corpo sociale maggiore, composte soltanto di sudditi [*ibid.*, pp. 220-34]. Visibilmente hobbesiana l'ascendenza delle idee, combinate in un meccanismo definitorio antimetafisico: le inflessioni normative finiscono dissolte in un vortice di fatti, della psiche e del mondo fisico, effettivi e probabili.

Quanto sia intempestiva l'epistemologia austiniana, lo provano gli eventi del continente. Qui il pubblico colto discute sui compiti della giurisprudenza da quando Friedrich Carl von Savigny ha lanciato polemicamente il termine *Rechtswissenschaft*: nel corso di lezioni dell'inverno 1802-803 *wissenschaftlich* significa 'sistematico' [Larenz 1960, trad. it. pp. 5 sgg.]; in una recensione del 1806 al *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* di Gustavus Hugo 'scienza' equivale a 'storiografia'; nel manifesto del 1814 contro Thibaut, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, l'apparizione in scena del *Volksgeist*, metafora d'un diritto vivente, complica il quadro semantico, ma ventisei anni dopo, nel *System des heutigen römischen Rechts*, 'diritto scientifico' equivale pacificamente a 'dogmatica' [Koschaker 1938, p. 63]. Nello sfondo pesa qualche interesse corporativo: Savigny e i suoi hanno anche una spiccata vocazione al *management*: evocando lo «Spirito del popolo» di cui il professore d'una data scuola detiene monopolisticamente la chiave diagnostica, ritardano l'avvento d'un codice quel tanto che basta; nel frattempo la pandettistica conquista la piazza; alla fine il BGB la codifica trionfalmente. Insomma, 'scientifico' qui significa pandette, piú Christian Wolf e un'ombra gotica di *Volksgeist*, secondo la sistematica Savigny-Puchta. Qualcuno protesta. La conferenza di Hermann von Kirchmann alla Berliner juristische Gesellschaft – *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* – è il *raptus* eloquente d'un coltissimo pratico dalle idee un poco dilettantesche: nostalgie giusnaturalistiche, primato del sentimento, rifiuto fobico di legge positiva e teoria; alla giurisprudenza non compete uno status scientifico perché il suo oggetto cambia continuamente, a causa dell'inettitudine legislativa, «un mestiere cosí ripugnante» che non si capisce come tanta gente lo professi [1848, trad. it. p. 23]. Angustiato dal medesimo dubbio, Rudolf Stammler lo esorcizza con Kant, postulando nella gnoseologia giuridica delle forme indipendenti da ogni contenuto sensibile [1911, pp. 113 e 185].

John Austin sta su un altro pianeta. Le sue analisi prefigurano quanto c'è di meglio nel positivismo logico, senza il chiaccherio un poco futile delle *summulae* venute di moda: amputato delle escrescenze pseudofilosofiche, il diritto vi emerge come una tecnica di controllo del comportamento sociale; smascherato il falso problema se la relativa indagine sia o meno scienza, l'aggettivo «scientifico» qualifica le operazioni conformi a un dato canone operativo; poiché il giurista lavora sulle parole, mettiamogli in mano una buona sintassi. Scandalosamente importante sul piano metodologico, la riforma austiniana lo è di meno nell'esito tecnico, in quanto teoria generale del diritto: siamo davanti a un linguaggio di «clear, hard, empirical terms intelligible to common

sense», ma l'ipotesi imperativistica è un protocollo inadeguato [Hart 1954, pp. XI sg.], anche intesa nel senso meno realistico, che cioè la norma valga come se comandasse [Gallo 1951, pp. 129-36]; già Hobbes incappa in qualche difficoltà a proposito di consuetudine, dove «it is not the lenght of time that maketh the authority, but the will of the Soveraign signified by his silence, for silence is sometimes an argument of consent» [1651, ed. 1914 p. 141], un argomento piuttosto avvocatesco. L'assunto che il diritto consista in comandi semplifica artificiosamente un dato complesso falsando le prospettive: il sovrano-Leviathan, persona fisica o collettiva, è *legibus solutus*, essendo tecnicamente impossibile l'autoimposizione d'un limite, «because he that can bind, can release, and therefore he that is bound to himselfe onely, is not bound» [*ibid.*], senonché la conclusione sta e cade con la premessa – «for he is free that can be free when he will» – formulata su un piano realisticamente psicologico; nella sesta *lecture*, che il sovrano sia «incapable of legal limitation» discende tautologicamente dal modo in cui viene definita la sovranità, e questa definizione implica l'idea di comando [Austin 1885, pp. 263 sgg.].

Il senso dei fenomeni normativi risiede in fatti d'attrito sociale fuori dei quali non sapremmo cosa siano tali cose, inclusi gli εἴδη, ogni verità cosiddetta intuitiva, forme pure della conoscenza giuridica e simili ectoplasmi; svolgendo a ritroso il filo della fantasia speculativa, scoviamo delle tensioni psichiche fra chi comanda e l'altro. Hobbes e Austin sono degli impeccabili archeologhi, ma nella crescente complessità della vita sociale l'archetipo subisce delle varianti, che lo estenuano. Resta poco o niente dell'atto primitivo dove erompe il desiderio che qualcuno tenga una condotta, sotto la minaccia d'un male: il modello linguistico legislativo ignora gli imperativi; uno stile ellittico ha inghiottito anche i verbi modali come «dovere»; di solito, il discorso segue un sommesso ritmo all'indicativo. Consideriamo un campione. «Ciascun testimonio è esaminato separatamente. Il giudice lo avverte dell'obbligo di dire tutta la verità, null'altro che la verità, e gli rammenta le pene stabilite contro i colpevoli di falsa testimonianza. Indi lo interroga sulle sue generalità e intorno a qualsiasi vincolo di parentela o d'interessi che abbia con le parti private, o alle circostanze che servano per valutare la sua credibilità. Procede quindi al suo esame». Nel primo comma dell'articolo 357 del Codice di procedura penale quest'apparente passo narrativo disciplina l'*incipit* del rito testimoniale; l'inflessione normativa dipende dal contesto: collocato lí, va letto come se ogni verbo fosse all'infinito, retto da «deve»; un esame simultaneo dei testimoni viola l'articolo 357 primo comma, ma le testimonianze sono poi valutabili ai fini della decisione, non essendo comminata alcuna nullità (secondo l'art. 184, un atto è nullo solo quando una formula di legge lo dica). Descritta in una paleolingua di comandi, a parte le immagini e i suoni desueti, la vicenda riesce meno comprensibile. Ad esempio, lo *jussum* implica uno *jubens*. Qui la figura dell'emittente svanisce nello sfondo. Il regio decreto 19 ottobre 1930 n. 1399 stabiliva che il Codice fosse applicato dal 1° luglio 1931; sotto ci sono tre firme, Vittorio Emanuele, Mussolini, Rocco, defunti da tanto tempo, e sarebbe lo stesso se l'atto imperativo risalisse a Solaro della Margarita o piú su: purché risulti

compiuto secondo date regole e non sia stato seguito da altri a efficacia abrogante, proietta nel tempo i suoi effetti; a tali condizioni, il senso di quella prosa occupa un dato posto nella mappa degli invisibili su cui lavorano i giuristi. Improbabile che leggendola qualcuno abbia vissuto i sentimenti d'Abramo quando sente la voce di Yahwēh. Consumato in un attimo, nell'emissione sonora o nel gesto grafico, il comando diventa una cosa bifronte: «esiste», secondo lo status logico d'ogni fatto del mondo, e «vale», ossia qualifica delle condotte. Si chiamano «norme» questi oggetti dislocati su due piani. Niente di male se le denominassimo «regole di giochi sociali»: il giudice ammonisce il testimone e lo escute a quel modo, come squassandolo, perché cosí dispone un articolo del Codice; se le norme hanno attecchito, il comportamento dovuto viene fuori in cadenze quasi automatiche. Dato un qualsivoglia sistema positivo, il meccanismo dell'autorità implica due sequele simmetriche, di persone e norme: Dio - legge divina, popolo sovrano - costituzione, parlamento - leggi comuni, funzionario - atto amministrativo, persone fisiche o giuridiche - contratto, giudice-sentenza, fino a un atto esecutivo [Warrender 1957, pp. 302-7]; la figura, alquanto approssimativa, include termini non omogenei la cui collocazione esatta esige un discorso laborioso; dove esiste un rapporto genetico (il potere giurisdizionale, ad esempio, è indipendente dai fatti che il giudice afferma nella sentenza), il secondo termine d'una coppia – Dio - legge divina inclusi, secondo una certa teologia politica – individua il primo della seguente, ponendo le condizioni alle quali l'atto di quel soggetto riesce efficace. Descritto nelle rispettive lingue, l'ordinamento consiste in una vicenda di persone o norme. Sfortunatamente, Austin ha scelto la prospettiva meno adatta.

Le 709 pagine fitte degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [Kelsen 1910] costituiscono un avvenimento memorabile nella storia giuridica del Novecento. Questa *summa* compilata in stile notarile, diffuso, un poco opprimente, segna il momento in cui uno scibile giuridico-filosofico cresciuto a misure faraoniche studiandosi scopre un difetto capitale di struttura. Il nucleo risulta composto da due elementi incompatibili; è un guasto radicato nell'ascendenza giusnaturalistica settecentesca: nel sistema di Puchta, almagesto della pandettistica, il vertice della piramide sta nell'idea d'un soggetto nei cui poteri sulle cose consistono i diritti soggettivi; gli istituti positivi costituiscono il contenuto storicamente mutevole d'una categoria metapositiva [Larenz 1960, trad. it. pp. 19-27]. Nella scuola domina un forte gusto del dato positivo, fin dalle lezioni di Savigny dell'inverno 1802, senonché la sintassi giusnaturalistica chiude il discorso in un movimento contraddittorio: il diritto cosiddetto oggettivo, o somma delle norme vigenti, dà fondo all'universo del giuridicamente predicabile, nel modo in cui le regole d'un linguaggio determinano il numero, piú o meno alto ma in ogni caso finito, delle frasi ivi sensatamente formulabili; un avvenimento è giuridico se qualche norma lo contempla; quel soggetto dato *ex ante*, coi relativi attributi in diritti soggettivi, rompe il sistema. La questione tecnica ne dissimula una ideologica: società d'individui sovrani o contesto organico; il primato del soggetto rinvia alla mitologia liberal-contrattualistica di Locke. I pandettisti investono un'enorme mole di finezze concettuali nell'illusione che i due piani siano componibili [Orestano 1959*b*, pp. 791 sg.]. In sede giuspubblicistica il solito modello soggetto-diritti suscita difficoltà anche piú gravi: concepito lo Stato come un superindividuo, va stabilito in quale rapporto stia con l'ordinamento; se la legge, atto statale, è fonte di diritto, anzi l'unica fonte, lo Stato esiste in uno spazio agiudirico; l'antropomorfismo esaspera i soliti paradossi d'una figura logica riflessiva; qualcuno dubita che quest'archisoggetto possa obbligarsi; inconsapevolmente i giuristi ripetono i gesti della polemica teologale *de potentia absoluta*. Hobbes e Austin salvavano la coerenza postulando un sovrano sopra la legge ma l'ipotesi, suggerita da un assetto rudimentalmente assolutistico, non è proponibile davanti al sofisticato meccanismo costituzionale degli Stati liberali.

In tale sfondo vengono alla luce nel 1910 gli *Hauptprobleme*. Hans Kelsen, l'autore, insegna a Vienna ed essendo nato a Praga ventinove anni prima, appartiene a una generazione mitteleuropea dedita a offensivi giochi d'intelligenza, da Arnold Schoenberg fino a Ludwig Wittgenstein, e in mezzo lui, Moritz Schlick, Franz Kafka, Anton Webern, Alban Berg. Quell'anno Freud pubblica *Über Psychoanalyse* e *Eine Kindheitserinnerung des Leonardo da Vinci*. Ha un *aplomb* professoral-tedesco, questo giovane studioso, i cui precedenti sono una monografia sulla teoria dantesca dello Stato e un commento alla legge elettorale austriaca del 1907, ma dalla cadenza lenta delle *Voruntersuchungen* affiorano disegni aggressivi, qualcosa di simile, in sede giuridica, a un tentativo di *logische Aufbau der Welt* come quello che Rudolf Carnap, anche lui viennese d'adozione, scrive nel 1928. È il documento fluviale d'una rivoluzione di metodo allo stato nascente: alcune scoperte emergono a metà, involute nel vecchio linguaggio; a volte il discorso subisce delle conversioni in senso ortodosso, in una caduta da effetto di gravità, ma contiene quasi tutte le premesse d'una *reine Rechtslehre*, sebbene la formula non sia ancora nata e qualche passo ubbidisca all'istinto piú che a un calcolo architettonico. La *Vorrede* alla seconda edizione [1923, pp. v-xxiii] espone autoanaliticamente questa memorabile vicenda intellettuale. All'autore ripugnano le definizioni spurie: esiste uno studio scientifico del diritto in quanto sia stata individuata la qualità giuridica dei relativi fenomeni; due i possibili traviamenti, giusnaturalismo e riduzione del dato normativo a fatto sociopsicologico; nel primo Novecento il *penchant* giusnaturalistico conta poco, mentre pesano le suggestioni d'un fortunato empirismo scientifico; cade qui, dunque, il baricentro della fondazione metodologica.

Il movimento introduttivo, sviluppato da premesse neokantiane, contrappone enunciati descrittivi e normativi. Un *collage* di citazioni da Simmel pone il seguente protocollo: «dovere» è una categoria originaria, quindi indefinibile, un *Denkmodus* come futuro, passato, congiuntivo, ottativo; i rispettivi piani non interferiscono; un dovere discende da un dovere, un fatto da un fatto [1910, pp. 7 sgg.]. Dalle indagini sul meccanismo psichico delle valutazioni morali – molto notevole un passo sugli impulsi da pressione sociale, che l'individuo proietta obiettivandoli in un'istanza metafisica [*ibid.*, p. 21] – risulta come alla sedicente *ursprüngliche Kategorie* spetti un rango meno solenne: è

il resto dissanguato d'avvenimenti intersoggettivi; la professione filosofica neokantiana scade a innocua quinta ruota del carro. Nel *Sittengesetz* il fenomeno consiste in un impulso coatto: «eine Art von psychologischer Nötigung», la chiama Windelband. In sede giuridica, invece, tale contenuto psichico non interessa: le norme «valgono», motivino o meno la condotta dei sudditi [*ibid.*, p. 14]; la prospettiva formale in cui il giurista studia i fenomeni normativi, esclude un metodo «psico-genetico» [*ibid.*, pp. 43 sg.]; nella «juristische Betrachtungsweise», un ordinamento dà segni di vita soltanto nel momento della trasgressione; spetta ad altre discipline l'analisi del diritto come «massenpsychologische Tatsache», costituente il frammento d'una catena causale [*ibid.*, pp. 53 sg.]. Di qui lo spietato antifinalismo dello stile kelseniano: «cosa significa "la norma pone uno scopo"? C'è del grossolano antropomorfismo in quest'immagine fuorviante...» «Voglio che tu...» e «tu devi...» non sono battute equivalenti: una enuncia fatti della psiche, la seconda un dovere [*ibid.*, pp. 66 sgg.].

Viene in primo piano il concetto di *Zurechnung*, «l'imputazione d'un fatto a un soggetto in base a una norma» [*ibid.*, p. 72]. In quanto universo logico chiuso, il sistema normativo costituisce i propri oggetti senza residui, cominciando dal cosiddetto soggetto: niente d'obbligato nel fatto che ogni uomo sia persona in senso giuridico, ossia un'entità a cui le norme imputano qualcosa; che lo sia o meno, dipende dalle soluzioni accolte nel singolo ordinamento; una «somma di processi fisio-chimico-psichici» – tale l'uomo zoologicamente inteso – diventa «persona» attraverso una *Zurechnung*, perché delle norme lo investono di situazioni giuridiche [*ibid.*, p. 83]. Questa mossa recide quanto restava del cordone ombelicale giusnaturalistico. La scienza giuridica diventa un sistema di *Rechtssätze*, enunciati relativi al contenuto e alle relazioni delle norme d'un ordinamento positivo [1960, pp. 73-77]. Il rifiuto dell'ipotesi imperativistica culmina in una cospicua analisi linguistica: il nudo comando appartiene alla classe delle interiezioni; con la formula sintatticamente complessa «voglio che tu...» il *loquens* dichiara un evento psichico («das Ich als Verstand urteilt über das Ich als Wille»); «tu devi...» predica la qualità – esser dovuto – d'un comportamento. «Il comando è solo una delle possibili fonti di norme» [1910, pp. 210 sg.]. Il senso della formula «condotta giuridicamente dovuta» sta nella sanzione che una norma commina all'inadempiente [*ibid.*, pp. 242 sgg.].

Il sedimento giusnaturalistico aveva introdotto un dualismo nel nucleo della costellazione giuridica. Kelsen, intransigente monista, liquida la coppia diritto oggettivo - diritti soggettivi [1922, pp. 101 sgg.] e ogni altra dicotomia, ma negli *Hauptprobleme* postula ancora una «volontà dello Stato»: sebbene sia soltanto una metafora, quanto contiene d'impuro impedisce la riduzione formale di tutti gli immaginabili fenomeni giuridici a un «sistema di norme intese all'atto coattivo» [1923, pp. XI sg.]. Ancora statica la prospettiva: un legislatore detta previsioni piú o meno puntuali e degli organi statali le attuano; l'esito è un fatto, il modello un concetto; solo alcune note del primo corrispondono al secondo [1910, pp. 505 sg.]. Al passo speculativo seguente contribuisce Adolf Merkl [1917; 1918; 1921; 1923]: la *reine Rechtslehre* è diventata uno stile collettivo di lavoro; nient'affatto egotista, Hans Kelsen formula un pubblico e puntiglioso riconoscimento di quanto la scuola deve ai singoli, in specie Merkl e Alfred Verdross [1926, pp. XV e XXII sg.]. Il salto di qualità rispetto a Austin sopravviene adesso, con la scoperta d'una struttura comune a fenomeni apparentemente dissimili quali costituzione, legge, sentenza, provvedimento amministrativo, contratto: sono altrettante norme situate a vari livelli, il vertice in una *Grundnorm* da cui dipende la validità delle altre; come l'uroboros dell'iconografia alchimistica, l'ordinamento genera se stesso; la costituzione disciplina il potere legislativo, la legge regola il metabolismo giusgenetico negli stadi successivi dall'alto in basso; producono diritto i giudici, l'autorità amministrativa, due che stipulino un contratto, insomma chiunque eserciti una competenza dispositiva, in veste pubblica o privata; il solo atto non normativo è quello che chiude la serie discendente *in executivis*, ad esempio la custodia d'un detenuto; gli addetti alla prigione eseguono una sentenza emessa da qualcuno che una legge investe del relativo potere, ma il precedente legislativo conta in quanto risulti costituito secondo un modello costituzionale. La *Stufenbaulehre* costruisce il cielo finto dei giuristi come un campo di gravitazione: l'indagine macroscopica proponeva una visione disarticolata; sul piano speculativo finiva anche meno bene, in mitologemi o fughe verbali; la chiave kelseniana liquida fantasie, epicicli, approssimazioni empiriche, risolvendo molte difficoltà, ad esempio in tema di «fonti del diritto» o meccanismi del processo [1960, pp. 228-82].

In un ambiente su cui pesano reminiscenze di loquela malfamata, Kelsen – prosastico, a volte opaco, spesso monotono, agli antipodi dell'arte – ha costruito ordigni d'alta precisione. Va detto di lui quello che Bertrand Russell notava sul conto di Giuseppe Peano dopo averlo sentito al congresso internazionale di filosofia a Parigi nel 1900: parla e pensa meglio di tutti; su ogni questione, dalle cosiddette lacune all'invalidità degli atti, quel metodo d'analisi apre un *visus* piú profondo ed esatto; forse qualcuno lo supera in acutezze, fantasia e simili talenti non comunicabili, ma nessuno lo uguaglia come macchina raziocinante di cose giuridiche. Già in appendice alla seconda *Reine Rechtslehre* la sua bibliografia conta 483 titoli [*ibid.*, pp. 501-31], nella linea del programma esposto in *Das Problem der Souveranität* [1920, p. VI], una lunga caccia ai covi d'«ipostasi e pseudoproblemi». Valutato secondo il metro poliziesco d'ogni *establishment* dedito all'eufemismo censorio, è pericoloso questo stile di frigida moralità intellettuale; ovvio che susciti violente antipatie: qualcuno erompe in accuse di cinismo realistico, altri sostengono che non sia piú riconoscibile «il diritto» – nel suono enfaticamente gonfio del vocabolo – disseccato cosí, sul tavolo di un'astrazione perversa. Sono lodi molto importanti. La civiltà dei giuristi ha un debito con questo praghese finito in America, lontano da Hitler. Non che ogni sillaba sia perfetta: ha scritto anche cose emendabili e qualche battuta dissona; a volte nasce un sospetto d'artificio meccanico ma il suo protocollo resta quanto di meglio sia uscito dall'intelligenza giuridica dell'epoca scientifica.

2.8. Al di là della legge.

Il nucleo sociopsichico del diritto sta in un fenomeno di pressione sociale. Sul piano degl'impulsi, trasgressore e osservanti si confondono: dei giudici condannano l'assassino, un boia lo ammazza, il pubblico presta festose corvée di patibolo; messinscene modellate da una dura logica del contrappasso evocano drammaticamente l'equivalenza di delitto e atto repressivo, come nel caso della serva di Cambrai condannata nel 1772 a un supplizio in piú tempi; seduta ai piedi del patibolo sulla poltrona della defunta signora de Laleu, dapprima subisce il taglio della mano destra, buttata nel fuoco, poi quattro colpi non mortali con la mannaia omicida, due in testa, uno sull'avambraccio sinistro, uno sul petto [Foucault 1975, trad. it. p. 49]. Identico il meccanismo delle pulsioni, simmetriche le vicende, equivalenti gli atti. La pena eseguita dal gruppo è un rimedio omeopatico al desiderio della cosa vietata [Freud 1912-13, trad. it. pp. 13, 25 sg., 78]: sfogando lecitamente degli impulsi su cui pesa un tabú, i lapidanti imparano a detestare il delitto incarnato nel paziente; questo rudimentale sentimento etico ubbidisce a un codice semiotico e deflagra *in vacuo*; appena le presentino qualcuno con lo stigma, la folla rende i soliti servizi ambivalenti di patibolo; bisogna che il *sacer* sia consumato ritualmente. Queste tecniche d'esecrazione [Cordero 1974, pp. 124-64] costituiscono il vertice scenico d'un lavoro educativo inteso a laboriosi quanto labili equilibri.

L'esperienza passiva della legge costa molto in fatica, tempeste emotive, astiosa attenzione introspettiva, autodisistima motivata dagli insuccessi (classico un saggio d'autoanalisi nell'*Epistola ai Romani* [7, 7-25]): separato, *dejectus*, indigente, legato ed esposto al pungolo, il suddito vive uno stato d'insufficienza ontologica; nessuno stimolo artificiale garantisce un adempimento automatico, né l'economia dei castighi né il bisogno comunitario, con quanto implica di mimetismo, e nemmeno i piaceri della sublimazione vantati nel salmo 119 [vv. 14 e 24] (fino all'effusione parossistica del versetto 97: «come amo la tua legge, Signore! La medito tutto il giorno»). Nel contegno del nonosservante la trasgressione pura e semplice va distinta dai casi in cui qualcuno agisce cosí perché nega la legge: di solito, la mossa eversiva punta a un nuovo ordinamento ma, nelle parole di chi la gioca, può darsi che sia una negazione assoluta; al negatore ripugna ogni possibile norma. Psicologicamente la cosa ammette varie ipotesi: ad esempio, accidia, caduta di tensione in un organismo estenuato dai conflitti, gusto dell'impossibile. Molte le possibili motivazioni sul piano delle idee o fantasie: una mistica dell'identità che inghiotta la formula di struttura del mondo, metafisiche gnostiche, attese apocalittiche, evasione religiosa; c'è anche della cattiva coscienza in tali discorsi; Epifane con la sua teoria secondo cui nessun'anima esce dalla spirale delle vite terrene finché non abbia sperimentato tutto, i dissoluti di Corinto deplorati nella prima delle due omonime lettere paoline, gli *alumbrados* dediti a equivoche *délices spirituelles* e tanti altri, in fondo, coltivano del banale lassismo. In quanto prodotto d'uno stato psicofisico, l'essere soggetti a delle norme (indipendentemente dal contenuto) è un dato obiettivo come nascita, morte, il tempo, la trama causale. Le sole fughe possibili consistono in sindromi regressive, deliquio o fantasticheria: san Paolo passa nel lampo allucinatorio d'una uscita dalla legge [Nietzsche 1881, trad. it. pp. 49-52] ma l'innesto nel corpo mistico non gli toglie il bisogno etico [Schweitzer 1929, pp. 285-323]; l'allegoria alchimistica della κατάβασις εἰς ἄντρον, nel calore umido, corrisponde a un punto basso della parabola psichica, poi il paziente risale al solito mondo di norme.

Le fantasie di superamento del diritto vanno e vengono con una frequenza ciclica. L'ultima volta se ne è discusso clamorosamente in casa marxista. L'antilegalismo dei testi qui discende da premesse apocalittiche: cambia tutto appena i proletari conquistino l'apparato produttivo; le potenze sociali, sino a un attimo prima scatenate come elementi di natura, «blindings, gewaltsam, zerstörend», essendo state «capite» (l'evento risolutivo consiste dunque in una gnosi), «da padrone demoniche diventano docili serve»; appena sia una cosa sola con l'intera società, lo Stato non esiste piú; non che qualcuno lo abolisca; «er stirbt ab», muore d'atrofia. L'esistenza di classi dipendeva dalla divisione del lavoro, un effetto di penuria: il sistema capitalistico imponeva delle pastoie all'economia, cadute le quali, le energie produttive crescono impetuosamente, «in un movimento continuo, uniformemente accelerato»; l'incremento del prodotto, reso possibile da un sistema immune dalle dissipazioni coatte del capitalismo, garantisce ai consociati qualcosa di meglio d'una libertà dal bisogno; la vita diventa ogni giorno piú ricca; tolto di mezzo il mercato, la storia passa da uno stato animalesco all'umano, «aus dem Reiche der Notwendigkeit in das Reiche der Freiheit» [Engels 1878, ed. 1960 pp. 346-51]. La metamorfosi non avviene d'un colpo: insediati i proletari al governo, la prima fase soffre di stigmate borghesi, «un diritto ineguale, come ogni diritto», essendo ognuno retribuito secondo quel che ha prodotto; quando il lavoro sia diventato scelta spontanea e, «con lo sviluppo armonioso degli individui», cresca anche l'economia, «fino a un pieno flusso da tutte le fonti di ricchezza sociale», allora, rotta l'esigua prospettiva borghese, ciascuno lavora secondo le sue attitudini e riceve nella misura dei bisogni [Marx 1875, ed. 1963 pp. 24 sg.]. Il lavoro diviso aliena l'uomo imponendogli una maschera, «cacciatore, pescatore, pastore, professionista della critica; guai a chi non resta tale, va in malora»; niente di simile in regime comunista; qui la disciplina di piano apre agli individui uno spazio d'indefinita libertà (premessa e conclusione stridono ma le fantasie apocalittiche sfuggono alla griglia dei fatti): «oggi mi scelgo questo lavoro, domani quello, al mattino vado a caccia, al pomeriggio pesco, di sera allevo bestiame, dopo cena coltivo la critica, come mi viene voglia, e non divento cacciatore né pescatore né pastore né critico» [Marx e Engels 1845-46, ed. 1960 p. 30]. «Instaurato un sistema socialista, lo Stato si dilegua»: in quanto mezzo d'oppressione, sta in piedi finché i proletari ne abbiano bisogno, «non nell'interesse della libertà ma d'un assoggettamento dei borghesi»; assolta questa funzione strumentale, svanisce [Engels 1875, p. 46]. Il quadro somiglia alle profezie del Trito-Isaia [60, 18-22; 65, 17-25; 66, 10-14].

Lenin tratta la questione in *Stato e rivoluzione*, un testo atipico, sconcertante documento di *faiblesse* spontaneistica-libertaria: il capitalismo impone un regime di servitú della gleba e lavoro salariato a colpi di sanguinosa repressione; anche la transizione al comunismo esige un meccanismo repressivo ma costa molto meno sangue, anzi riesce «cosí facile, semplice, naturale»; gli oppressi, infatti, sono un'infima minoranza; avviene tutto in forme capillarmente democratiche; tanto complessa la macchina borghese quanto elementare quella del popolo, nemmeno definibile «una macchina» se questo vocabolo designa degli apparati stabili; bastano le masse armate; alla fine, venuta al mondo la società comunista, quel poco d'eventuale disordine imputabile agli individui – residui decrescenti del vecchio sistema – viene liquidato *sine strepitu*, fuori d'una competenza formalmente disciplinata; provvede il popolo armato, in modo assolutamente naturale, come la gente educata divide due che litigano o difende una donna insidiata [1917, trad. it. pp. 104 sg.]. L'affievolimento dell'organismo statale, nella nuova struttura modellata dal popolo dittatore, comincia nel momento in cui gli sfruttati rovesciano l'equilibrio politico spodestando la borghesia: non è già piú un autentico Stato; gli ultimi resti sfumano appena l'autogoverno coinvolga tutti; a questo punto i rari tentativi d'evasione dal controllo collettivo incappano in risposte fulminee ed esemplari, «perché gli operai armati sono gente pratica, non piccoli intellettuali dai buoni sentimenti», finché l'adempimento coatto delle regole di convivenza diventi un'abitudine [*ibid.*, p. 117].

Nell'utopia leniniana il dopo-Stato è un fenomeno visibilmente regressivo: i congegni formali del sistema borghese lasciano il posto a un'informe e diffusa pressione sociale, come nelle comunità melanesiane studiate da Malinowski [1926, pp. 71 sgg.]; nessun modello legale, assente ogni disciplina della competenza, poche e ovvie regole di condotta; ognuno vive negli occhi del gruppo. *Stato e rivoluzione*, scritto in agosto e settembre su un vecchio canovaccio d'appunti, esce il 17 dicembre 1917. L'autore torna sulla questione in una sede didattica, all'Università Sverdlov di Mosca l'11 luglio 1919, in chiave ovviamente diversa: parla da uomo di governo, in una congiuntura agonica, coi bianchi alle porte e l'economia disfatta; caduta l'illusione delle scelte spontanee, i soviet non contano niente; il solo che predichi l'*Auflösung* dell'autorità oppressiva è quel *gaffeur* di Bucharin. «Abbiamo tolto ai capitalisti la macchina chiamata "Stato"» e dopo venti mesi di governo non dice che si vada fisiologicamente decomponendo; ormai lo Stato somiglia alla Chiesa mondana nella teologia del secondo secolo, in piena delusione apocalittica; le prognosi avallano l'ipotesi d'una sopravvivenza lunghissima, *sine die*, finché vi sia un vestigio di capitalismo sulla faccia della terra; questa battuta contiene in embrione la teoria della rivoluzione in un paese solo, con quanto significa in *Realpolitik* imposta dall'accerchiamento capitalistico [Lenin 1919, trad. it. p. 447]. Nell'aprile 1929, in un discorso al Comitato centrale sulla «deviazione di destra nel partito», Stalin nota come i testi siano fraintesi da Bucharin, avvocato d'una linea morbida sulla questione dei contadini grassi: quando mai Lenin ha parlato d'un affievolimento della lotta di classe; sotto la dittatura

proletaria il conflitto entra in fasi acute [Stalin 1929, trad. it. pp. 283 sg.].

Scendono in campo i giuristi e comincia un torneo piuttosto deprimente. Stučka vede nel diritto «un sistema di rapporti sociali corrispondenti agli interessi della classe dominante», garantiti da un apparato coattivo da essa predisposto: la sola giurisprudenza scientifica possibile nasce in una prospettiva classista, non importa quale; abolite le classi, decade il fenomeno giuridico [1921, trad. it. pp. 9 sgg., 16 sgg., 58 sgg.]. Pašukanis gli imputa dei difetti di metodo: una definizione serve in quanto isoli l'oggetto distinguendolo dal resto; definendo il diritto a quel modo, Stučka non coglie la differenza specifica; rimane oscuro come un rapporto sociale diventi giuridico [1924, trad. it. pp. 126 sg.]. Secondo Pašukanis, il dato primitivo non è la norma ma il soggetto, poi vengono i rapporti di piú soggetti; l'intera costellazione viene su nell'epoca borghese, dal mercato; è soggetto chiunque operi uno scambio [*ibid.*, pp. 133 e 153-67]. Impossibile, quindi, una conversione socialista del diritto: l'alternativa evoluta alla forma giuridica, ontologicamente borghese, sta in una vita economica svolta «in categorie naturali», non mistificate, secondo un metodo di «prescrizioni tecnico-contenutistiche, a guisa di programmi, piani», direttive contingenti dettate nel caso singolo *rebus sic stantibus* [*ibid.*, pp. 177 sgg.]. Etica, diritto, mercato, vanno a fondo insieme, figure d'un comune feticismo [*ibid.*, p. 206]. Anche il fenomeno penalistico traspone un dato mercantile sulla scena giuridica: il colpevole paga un debito di pena; il progresso, in senso comunista, liquida le maschere di reato-pena a favore d'una difesa sociale intesa quale «puro espediente» disciplinato da «regole tecniche» [*ibid.*, p. 237]. Scrivendo questo Pašukanis non esce dai limiti dell'ortodossia.

Negli anni seguenti al rovesciamento della NEP la prassi svaluta il meccanismo giuridico: è un'epoca di spregiudicatezza amministrativa; nel 1930 i competenti prevedono che, in capo a sei o sette anni, non vi siano piú cause civili o penali: quelli del Commissariato alla giustizia lo confidano al deputato inglese Denis Nowell Pritt (sedicente giurista premio Stalin nel 1934, poi autore d'una *expertise* sui processi di Mosca in senso solennemente apologetico dell'autorità). Nello stesso anno un progetto di codice penale Pašukanis-Krylenko fa piazza pulita della «legalità borghese» sostituendo al sistema delle pene una misura amministrativa applicabile anche quando non sia stato commesso un fatto penalmente illecito, purché il passato del paziente o i suoi rapporti con ambienti criminali avallino il sospetto di future gesta delittuose (art. 6). Analoga la politica dei tribunali: fluttuano i concetti di colpa, dolo, tentativo, concorso nel reato; tutta la cosiddetta parte generale tende a un inquietante amorfismo in ossequio alla difesa sociale; nel 1928 la Corte Suprema ha confuso colpa e dolo [Schlesinger 1945, trad. it. pp. 259 e 267 sg.]. Non vengono dal diavolo questi avvenimenti; li incubava una metafora gonfia d'ottimismo nel «Lehrbuch des Sozialismus», come Eduard Bernstein chiama l'*Antidühring*: in quell'«amministrazione delle cose al posto d'un governo sugli uomini» [Engels 1878, ed. 1960 p. 348] non c'è piú l'astuto gioco di forme e dialoghi elaborato nel filone giusnatural-illuministico, cosí gli uomini restano indifesi davanti a chiunque li adoperi; è una cosa anche l'uomo, nemmeno

troppo complicata. A parte gli eccessi (di cui il calcolo intelligentemente pessimistico d'ogni buona legge tiene il debito conto nel disegno degli istituti), l'inquisizione staliniana invera l'utopia di Engels. Sul piano del successo tecnico, una meraviglia, dall'esodo chiassosamente parlato di Zinov'ev-Kamenev-Bucharin al silenzio dell'ultimo anonimo liquidato in via amministrativa. Evgenij Bronislavovič Pašukanis sparisce senza segni in quell'immensa operazione profilattica. «Spia e sabotatore», lo chiama Vyšinskij nel 1938, in un'effusione di scherno: questo «traditore oggi smascherato» sosteneva che gli atti amministrativi, essiccati in «compiti operativi», conservino «soltanto una debole lega d'elementi giuridici, ossia formali»; poi cita esecrandoli gli «amministrativisti» che infamavano la scienza giuridica sovietica; «il campo adesso è ripulito» [1938, trad. it. pp. 264, 268 sg., 282]. Il 10 marzo 1939, nel rapporto al XVIII Congresso, sotto la rubrica «Alcune questioni di teoria», Stalin ribadisce *ex cathedra* la conclusione leniniana: lo Stato resta in piedi finché dura l'accerchiamento capitalistico [1939, trad. it. pp. 718-25]. Le fantasie sull'al di là del diritto generano poco di buono.

3. *Le norme.*

Nel singolo ordinamento non costituisce un problema il significato del vocabolo 'diritto': le operazioni giuridiche ubbidiscono a regole tecniche; chiamiamo «giurista» chi le conosce. Vi sia o meno una costituzione scritta, i competenti hanno sotto mano il canone diagnostico del fenomeno giuridico, salvo eventuali difficoltà delle singole diagnosi, se no saremmo davanti a macchine imperfette, embrioni o relitti di sistemi allo stato nascente o già decaduti. Non che ogni sistema normativo sia un individuo, in senso logico, in quanto tale indefinibile [Ross 1953, trad. ingl. pp. 29 sgg.]: i nomi propri da un lato «indicano», dall'altro «connotano» ossia fungono da descrizioni condensate; «ordinamento italiano» significa «il complesso di norme individuabili in base agli articoli 70-77 della Costituzione e 1-9 delle preleggi»; tale l'ovvia risposta alla domanda su cosa significhi 'diritto' in Italia. Ogni altra tecnica definitoria, evochi sfondi metafisici o contenuti d'ideologia, risulta gnoseologicamente viziata: la formula enfatica di san Tommaso, secondo cui la «lex humanitus posita a lege naturali derivatur», quale «conclusio ex principiis» o «determinatio quaedam aliquorum communium» [*Summa Theologiae*, 2^a-2^{ae}, q. 95, art. 2], esclude dal mondo giuridico l'istituto del divorzio, essendo il matrimonio indissolubile *jure naturali* [*ibid.*, q. 154, art. 2]; le definizioni misticamente tribali del dottor Hans Frank – «il diritto consiste in quel che giova al popolo» – e Alfred Rosenberg – «ciò che gli ariani considerano tale» – segnano un regresso a modelli semanticamente poveri [Kantorowicz 1958, trad. it. pp. 62 sg.] ma idonei a micidiali manipolazioni selettive, come se il cultore d'uno stile innocuo, ornato, mentalmente esiguo, alla domanda «cosa sono i libri?» rispondesse «quelli recensiti da Boileau nell'*Art poétique* nonché da Sainte-Beuve nei *Premiers lundis* e *Portraits littéraires*».

Austin discute di metodo nella prolusione al corso di *lectures*: l'esordiente ignaro vede nel diritto inglese «una massa di regole sconnesse e gratuite», ma la prospettiva cambia se l'approccio avviene dai «general principles of jurisprudence» [1885, pp. 1082 sg.]; non è un rilievo *pro domo sua* imputabile al bisogno d'un professore pagato a cottimo con i *fees* degli studenti; ogni buon pratico le sa queste cose. La teoria cresce su due piani: un'analisi delle forme d'ogni discorso giuridico, dalla pantomima stregonesca in su, gerghi e lingue colte, latino limpido e bastardo, *law-french*, circonlocuzioni fiorite di gerundi, teoremi di gente educata su Kelsen; la dogmatica, poi, classifica il materiale normativo a dati livelli d'astrazione in una mappa piú o meno specifica [Cammarata 1926, pp. 121 sgg., 129 sgg., 137 sgg.; e 1936, pp. 227 sgg., 241 sgg., 255 sgg.]. «La norma valuta in una data chiave un fatto, accaduto, possibile o soltanto immaginario», è un enunciato del tipo «che p implichi q e q sia falsa, implica la falsità di p», ossia una tautologia; nel senso convenuto, infatti, 'norma' significa: «ciò che stabilisce quanto valga un fatto reale o ipotetico». Secondo il Codice di procedura penale, la nullità è sanata quando l'atto abbia «egualmente conseguito il suo scopo rispetto a tutti gli interessati» (art. 187, comma 3); degli esegeti frettolosi deducono che in tal caso l'atto fosse valido *ab origine*, sebbene in base alle norme vigenti sia nullo fino all'avvento della causa di sanatoria: ecco un discorso analiticamente falso, paragonabile a «niente esclude la falsità di q quando p implichi q e p sia vera»; anche nel diritto vi sono enunciati qualificabili veri o falsi indipendentemente da ogni vaglio empirico, visto il modo in cui sono formulati, solo che la regola d'uso di quel termine sia comune ai parlanti. Sul piano classificatorio, invece, ogni conclusione formalmente esatta vale o meno in quanto sia o no fondata nei dati positivi; ad esempio, la teoria del dolo escogitata dalla giurisprudenza sovietica nel 1928 non è trasponibile da noi, finché almeno vigano gli articoli 42 e 43 del Codice penale; qui uno agisce dolosamente in quanto voglia la condotta essendo consapevole di tutti i componenti del fatto tipico e dei relativi effetti pericolosi o lesivi [Gallo 1951, pp. 2-5; nonché 1952, pp. 119 sg., 168 sgg.].

3.1. Il senso giuridico dei fatti.

L'esperienza giuridica consiste in cose, avvenimenti naturali, atti, parole, fenomeni della psiche: l'*insula in flumine nata* è una massa tellurica contemplata nella teoria degli acquisti a titolo originario, la morte di qualcuno un processo fisiochimico, ma l'articolo 456 del Codice civile lo condensa in un «momento», stabilendo come e quando si apra la successione, e se fosse il termine d'una catena causale ascendente a certe azioni o omissioni, sarebbe il secondo elemento d'una sequela binaria, condotta-evento, corrispondente al modello d'un delitto; il testo negoziale è un fatto linguistico; i cosiddetti vizi della volontà nel contratto compongono una mappa di fenomeni psichici variamente diagnosticabili [Sacco 1975, pp. 102-51, 233-74]. Il racconto di questi fatti, atti, cose, visibili o meno, dal flusso continuo, genera un'opera ciclica quasi inintelligibile dal profano: gli parlano d'un non-fatto sul tipo dell'omis-

sione e lui constata sbigottito come, descritto al negativo, il mondo subisca una vertiginosa inflazione; o vengono in scena dei fatti oggettivamente rilevabili ma non capisce come mai il sacrificio del primogenito nell'ambiente semitico sia un gesto pio e altamente utile ai sopravvissuti, infatti passa nell'archetipo teologale cristiano, mentre qui condanniamo persino chi *ex abundantia cordis* garantisca ai figlioletti un'eterna beatitudine spedendoli fuori del mondo prima che perdano l'innocenza; nella messinscena d'uno sposalizio coglie dei simboli abbastanza trasparenti di cose relative alla sfera sessuale, senonché niente svela il regime di tale «naturalis societas maris et feminae», se l'educazione dei figli spetti ai genitori o alla famiglia della madre, l'ammissibilità o meno d'uno scioglimento consensuale, casi di ripudio e via seguitando; il senso delle azioni rituali captabile in una lingua naturale resta manifestamente al di qua dell'intento perseguito dagli attori e può anche darsi che il fine pratico effettivo sia incompatibile con l'apparente; lo spettatore soffre la consapevole inettitudine intellettiva dell'ignaro che contempli una partita a scacchi [Ross 1953, trad. ingl. pp. 11-18]. Nessuno capisce quel racconto d'una vicenda teatrale monotona, interminabile, ossessivamente iterata, finché scopra le convenzioni di scena in qualche didascalia; chiamiamo «norme» i canoni in base a cui gli avvenimenti del mondo acquistano un significato giuridico: «die Norm fungiert als Deutungschema»; l'uccisione d'un uomo in alcuni casi è permessa o addirittura dovuta, ad esempio quando sia opera del boia che esegue una condanna capitale, in altri costituisce un assassinio; la differenza sta in una qualità impercettibile dai sensi, «sinnlich nicht wahrnehmbare», rilevabile soltanto sul piano intellettuale, quando commisuriamo i rispettivi fatti a dei modelli legali [Kelsen 1960, pp. 3 sg.].

Ogni tanto qualcuno deplora eloquentemente che il diritto sia ridotto a norme; in dignità logica tali lamenti equivalgono alla *performance* d'un matematico che proclami: «i concetti primitivi della geometria sono il cubo e la sfera, non già punto, retta, piano, spazio, nel gioco combinatorio dei cinque postulati d'Euclide». Quando non sia un vezzo imputabile a difetto di talento speculativo, l'insediamento di qualcos'altro al posto delle norme – diritti soggettivi, sano sentimento popolare, l'ineffabile concreto, istinto di classe o della terra o del sangue – segnala torbide regressioni. A un anno dall'avvento di Hitler, Carl Schmitt, elegante costituzionalista tedesco di *penchant* cattolico-latino [Niekisch 1953, trad. it. pp. 335-39], in un saggio *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* affossa quell'anticaglia del dualismo liberale norme-fatti a beneficio dell'«unità vivente» della «konkrete Ordnung», tanti diritti soggettivi sospesi in una costellazione [Kantorowicz 1958, trad. it. p. 61]: 'concreto', 'vivente', 'immediato', 'esperienza', nel canone linguistico di questi gnostici del diritto, corrispondono a 'abisso', 'silenzio', 'luce' in Valentino e Basilide; nei piú gesticolanti esplode un rifiuto fobico della distinzione, col naufragio d'ogni mappa concettuale, ed è appena il caso di notare quanto siano politicamente nefaste tali linee di non-pensiero; gli auto-dafé fioriscono in molti luoghi intellettuali (alla ribalta dei processi staliniani viene Vyšinskij, ex socialdemocratico, professore di gusto tedesco senza sussulti di fantasia, testa secca, puntuale ed esigua, «normativista» d'istinto) ma la mistica dell'identità vi conduce dritto o almeno li assolve.

3.2. Testo, norma, enunciati normativi.

Nei paesi di *droit écrit* la norma è quel che esce dalla lettura d'un testo. Anche il *droit coutumier* al momento giusto precipita in segno grafico, con importanti conseguenze politiche: un documento accessibile al pubblico dissolve il mistero ma tocca degl'interessi costituiti perché il monopolio gnoseologico del diritto vale poco meno del carisma ministeriale d'un prete che assolva dai peccati e manipoli sacramenti; il razionalismo politicamente progressivo dello Stato assoluto settecentesco punta al diritto codificato; i regimi di fonti occulte di solito allevano ideologie quietistiche impastate nell'interesse corporativo (i *barristers* usciti dagli Inns of Court, accolite sacerdotali o stregonesche, Savigny nella polemica con Thibaut). La norma dettata da qualcuno nasce in parole, quella imposta dall'uso dicono che emerga da una vita latente nell'utero della coscienza popolare. Quanta mitologia in questa figura. Le consuetudini contengono molto d'artificialmente positivo: nell'epoca carolingia, ad esempio, gli scabini *Urteilfinder* spesso decidono «ut rectum visum fuerit»; in tal caso la regola viene al mondo con la sentenza (qualche documento li chiama *legumlatores*), come una massima indipendente dal caso deciso, e passa nei *laudamenta curiae* – il piú cospicuo dei sedimenti consuetudinari – confluendo nelle compilazioni dei secoli seguenti [Calasso 1954, pp. 210 sgg. e 410-19].

Gli utenti dello *jus scriptum* vivono nella grammatica; qualcuno fabbrica una *littera*, i competenti la lavorano componendo un'immensa tela: glossa, *summa*, commento, *speculum*, trattato, casistica, *practica*; sotto una data soglia le parole vagano confusamente; di là, il gioco sintattico compone delle strutture chiuse e dal campo di valenze emerge un circuito semantico: la scienza delle norme studia tali «unità minime» [Kelsen 1920, ed. 1928 p. 118, nota 1]. 'Testo' non equivale a 'norma'. La prassi distingue i due concetti. La premessa maggiore dell'*arrêt de cassation* contiene due enunciati: «le visa d'un texte et la proposition générale qui en résulte et qu'on appelle vulgairement "le chapeau"»; nell'annullamento motivato da «défaut de base légale» l'uso comune omette lo *chapeau*, perché non conviene «se compromettre en définissant avec précision la règle légale qui aurait dû être appliquée»; in tali casi, meglio «en dire le moins possible et se borner à faire observer aux juges du fond qu'ils ont eu le tort de statuer "sans rechercher" ce qu'il en était à tel ou tel égard» [Breton 1977, pp. 11 e 16 dell'estratto]. L'istituto del *référé legislatif* – che impone ai giudici di investire della questione l'assemblea legislativa «toutes les fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi» – implica un testo nettamente distinto dalle sue possibili costellazioni semantiche; l'articolo 17 del decreto 27 novembre - 1° dicembre 1790, atto di nascita del Tribunal de Cassation, stabilisce che l'*arrêt* indichi «le texte de la loi»; anche il Codice italiano di procedura civile del 1865 esige nel ricorso «gli articoli di legge» (art. 523,

n. 4); nell'articolo 366, n. 4 del codice vigente, dissolta ogni reminiscenza del *référé*, l'accento cade sulle «norme di diritto» [Gorla 1969*a*, ed. 1973 pp. 1886-91]. Quest'ultimo vocabolo non designa i *verba* della legge ma la proposizione che qualcuno vi coglie: a una formula legale capita che corrispondano dei sensi alternativi; una di tali «norme possibili», pronosticabile a titolo di scommessa, alla fine diventa effettiva; le altre sfumano, salvo un'incarnazione successiva appena qualcuno le tolga dal grembo dei futuribili. I retori se ne occupavano in tema di *legitumae disceptationes* o *status legales*: «ex ambiguo controversia nascitur, cum res unam sententiam scripta, scriptum duas aut plures sententias significat» [*Rhetorica ad Herennium*, 1, 12, 20]; qui il catalogo ciceroniano del *De inventione* propone otto ipotesi operative [Riposati 1947, pp. 257 sg.]. A volte però la polivalenza non dipende da un'ἀμφιβολία, difetti congeniti o acquisiti del mezzo espressivo: il senso del singolo testo sarebbe univoco se non dovessimo combinarlo con quello degli altri costituenti il sistema, e qui nasce il *casus dubius*; la somma di *p* e *q* genera *r* o *s*, nel senso d'una disgiunzione esclusiva. Impone una scelta anche quest'ambiguità sistematica; date alcune «norme problematiche» [Giannini 1956, pp. 922 sg.], solo una vale; tutte le altre cadono. Niente garantisce poi che la topografia del lessico collimi con la mappa normativa: ogni pratico sa quanto spesso la norma venga fuori da decomposizioni e innesti. L'argomento è stato discusso a proposito delle decisioni che dichiarano valida una legge, intesa in un senso diverso da quello in cui la applicano i tribunali: ad esempio, l'articolo 674, n. 1 del Codice di procedura penale esclude il riconoscimento d'una sentenza straniera quando il condannato non risulti citato o non sia stato difeso; secondo la Corte di cassazione, basta uno dei due requisiti; allora, essendo la difesa un «diritto inviolabile», siamo davanti a una legge invalida; la Corte costituzionale risponde di no, in quanto il riconoscimento dipende congiuntamente dai due presupposti (Corte costituzionale, 11 luglio 1961, n. 39). Questa conclusione obliqua lascia le cose com'erano: l'articolo 674 sta o meno nei limiti dell'articolo 24 della Costituzione in quanto significhi *p* o *q*; il senso che conta, lo stabilisce nel caso singolo il giudice comune; alla Corte costituzionale compete l'accertamento dell'eventuale invalidità della legge; ora, finché la seconda abbia in mente *p* e il primo *q*, *x* viene applicato in un modo che ripugna all'articolo 24 della Costituzione.

A parte l'eventualità del misfatto esegetico sono pochi i casi in cui dei canoni convenuti garantiscano un esito verificabile: quando non sia ambiguo, il testo è fisiologicamente tanto meno determinato quanto piú astratto; ogni simbolo classificatorio a connotazione debole genera dei sensi alternativi. Pigliamo uno degli imperativi che il Signore affida a Mosè, suo *nuncius*: «non lascerai in vita gli stregoni» [*Esodo*, 22, 18]. Molto vago il vocabolo 'stregone'. In proposito disponiamo d'una ricca casistica: oggettivamente incerto il confine con la *magia naturalis* tollerata; ammesso che basti una qualsivoglia causazione fuori della tipologia naturale, e già qui il concetto risulta indefinitamente flessibile, va stabilito se la figura tipica implichi o meno un effetto dannoso; in epoche d'equilibrio psichico la giurisprudenza laica e sacerdotale identifica condotta stregonesca e *maleficium* (tempeste, *impotentia coeundi* o *generandi*, malattie dell'uomo o del bestiame e simili iatture), escludendo il gesto inteso a fini moralmente leciti, come chi disinfesta un campo dalle cavallette; appena la pressione sociale da pestilenze, crisi economiche o guerre di religione scatena una spirale psicotica d'impulsi aggressivi [Trevor-Roper 1967, trad. it. pp. 144-59, 173 sgg., 180 sgg., 201 sgg., 207 sgg.], la gente non discerne piú la strega buona dalle cattive; vi sia o meno *maleficium*, l'atto stregonesco diventa un delitto capitale, in quanto implica un patto diabolico; sorge la questione se meriti tale trattamento anche la fattura usata quale antidoto d'un incantesimo; il *Malleus maleficarum* la discute confusamente [3, q. 34]. Un versetto del *Levitico* avalla la conclusione meno benevola comminando la morte a chiunque, uomo o donna, abbia «spirito pitonico»: «siano lapidati e il loro sangue ricada su di essi» [20, 27]; nessuna clausola distingue i singoli casi in base al fine buono o cattivo; sembra che sia colpito l'uso del mezzo stregonesco in sé. Tale l'esegesi accolta a En Dor, infatti la pitonessa locale non evoca Samuele prima che Saul le abbia garantito l'impunità [*I Re*, 28, 7-22]. Davide invece coltiva spregiudicatamente la tecnica divinatoria usando l'*ēfōd*, un paramento d'ascendenza idolatrica, e Dio gli risponde come se niente fosse [*ibid.*, 23, 9 sg.; 30, 7 sg.]. Saul, Davide, lo stesso Yahwēh, Heinrich Institor e Jacob Sprenger, Lutero, Zwingli, Calvino, leggono in chiavi diverse una medesima formula, come le due Corti della Repubblica italiana nell'esempio di poco fa. Dato un testo, i sensi normativi sono tanti quante le possibili letture, incluse le meno sostenibili, solo che qualcuno le enunci. Nel caso relativo all'articolo 674, n. 1 del Codice di procedura penale, bastava un poco di grammatica: se la mancata citazione o l'omessa difesa impediscono il riconoscimento d'una sentenza straniera, quest'ultima è riconoscibile in quanto i due requisiti siano congiuntamente soddisfatti; gli interpreti sono incappati in una svista – ogni enunciato disgiuntivo-negativo equivale a una congiunzione affermativa e viceversa – ma nessun esorcismo grammaticale liquida il fatto che la norma effettiva lí sia quella accolta nella massima d'un collegio togato.

Lo studio di questi casi apre la via a una definizione esatta: ci sono i testi e gli atti di chi li interpreta; emersa da uno spazio semantico indefinito, la norma decade a testo appena fissata in una formula; perciò ogni oggetto espressivo esige una mediazione linguistica, anche *in claris*; nel testo piú trasparente cova una matrice di norme possibili; alcune non vengono mai in scena, altre vi passano e finiscono in niente; l'effetto ottico d'una durata nasce da molti atti ermeneutici di segno conforme [Ascarelli 1957, pp. 351-63; 1958].

Qualcuno lamenta sentori di filosofia eclettica, tra idealistica e analitica: «ciò che ancora non esiste... è il giudizio, ma la norma sí, esiste nel testo, cioè in quel costrutto di parole, le quali, proprio perché sono parole, vogliono significare qualcosa, e questo qualcosa... ha una sua funzione... nientemeno che modellare la storia» [Carnelutti 1958, pp. 24 sg.]. Un poco d'analisi sfata l'illusione realistica del messaggio scovato nelle pieghe della formula come le Porte Scee prima che il piccone le disseppellisse. Non che un enunciato val-

ga l'altro fra quelli enucleabili dal testo; ve ne sono di piú e meno plausibili ma quando anche fosse convenuto un criterio oggettivo, l'autorità disuguale dei rispettivi diagnosti lo eclisserebbe; nella serie ascendente delle decisioni emesse in una causa, la mossa risolutiva spetta al giudice piú alto, indipendentemente dalla qualità degli argomenti; può darsi che il perdente o uno spettatore la confutino; il primo è un gesto consolatorio, il secondo un sermone didattico: la norma ingiustamente negata sta nel limbo delle cose pensate, puri εἴδολα, con gli universali, l'ippogrifo, il diritto dinastico di Stuart, Hohenzollern, Romanov.

Gli enunciati prescrittivi sfuggono ai qualificatori vero-falso: è valida ogni norma d'un sistema vigente; secondo la risposta emotiva del suddito, poi, viene in gioco uno dei molti predicati d'assenso-dissenso [Stevenson 1944, trad. it. pp. 15-38]. Senonché, in quanto fatti del mondo, le norme costituiscono il possibile tema d'uno svolgimento descrittivo, in cui consiste una parte notevole del lavoro scientifico e curialesco; nell'intenzione di chi la propone, un'iconografia giuridica – ad esempio, la piramide di Puchta – va letta come una mappa di cose visibili e invisibili: dei soggetti sovrani, qui i diritti sulle cose, là le obbligazioni, giú fino alle figure minute. Sia o meno un gioco nomenclatorio, l'iconografo di solito vuol essere creduto. Spesso le sue frasi assumono la forma grammaticale dell'oggetto su cui cadono e questa mimesi linguistico acculta il diverso status logico dei rispettivi enunciati. Consideriamo l'articolo 113 del Codice di procedura civile: «il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità»; nessun dubbio che sia una norma; l'ipotetica sentenza favorevole al debitore sul presupposto che ogni sette anni i debiti vadano in fumo, in ossequio al *Deuteronomio* [15, 1-15], finisce male, riformata in appello o seccamente annullata in cassazione, e se l'autore uscisse in altre gesta simili, le sconterebbe in sede disciplinare. La stessa frase, in quanto non sia citata con i segni del discorso diretto, ecco come va letta in un manuale: «nell'ordinamento italiano vige una norma in base a cui il giudice deve...» [Ross 1953, trad. ingl. pp. 9 sg.]. Sia p la formula legale e p^1 la proposizione su di essa: p^1 è falsa se p non esiste nel testo di nessuna legge dello Stato costituita in un dato modo e non abrogata né colpita da un accertamento d'illegittimità; sarebbe falsa anche se p esistesse da qualche parte ma fosse soltanto una squama, svuotata del contenuto da una prassi uniforme dei giudici, indipendentemente dal fatto che l'operazione sulla *littera* sia o meno corretta in sede ermeneutica. Ad esempio, gli articoli 304 bis, ter, quater del Codice di procedura penale, interpolati nel 1955, accordano alla difesa il diritto d'assistere ad alcuni atti istruttori, ma nell'istruzione condotta dal pubblico ministero era come se il legislatore non avesse parlato, avendo la Corte di cassazione stabilito che lí non valesse la garanzia di difesa, finché, dopo otto anni, una decisione d'illegittimità costituzionale ha rimosso l'ostacolo; prima di quest'ultima un enunciato dottrinale affermativo, mutuato dagli articoli in questione, sarebbe stato falso in quanto il verbo 'vige' della clausola introduttiva fosse stato inteso nel senso di «una regola comunemente applicata dai giudici»; un giurista sensibile ai

fatti e dissenziente dal quel colpo di mano avrebbe detto: «nel modo in cui li leggo io, gli articoli 304 bis, ter, quater, disciplinano il contraddittorio in entrambi i procedimenti ma una giurisprudenza consolidata li applica soltanto in uno, perciò la norma effettiva, che mi auguro sia presto tolta di mezzo, impone il segreto ogniqualvolta il pubblico ministero abbia scelto il rito sommario».

Quando parliamo d'un testo di legge, il senso normativo del verbo che vi figura («Primus deve x») passa nell'enunciato descrittivo («vige una norma secondo cui Primus deve x»): la descrizione d'una norma, nota Kelsen, è una formula normativa, senonché qui affiora un doppio senso del verbo 'dovere'; la frase emessa su una norma non appartiene alla specie delle norme; quel *Sollen* non prescrive ma descrive [1960, pp. 77 sg.]. Esposto cosí, il *distinguo* suscita dei sospetti di paradosso [Ofstad 1950, pp. 118 sgg.]: a prima vista, un senso esclude l'altro; se ne è concluso che la teoria giuridica sia un discorso su idee normative «as actually experienced and actually effective»; la cosiddetta *Sollenwissenschaft* sarebbe dunque una scienza di cause ed effetti come tante altre [Ross 1957, pp. 564 sgg.]. Persuade di piú l'analisi di Kelsen. L'equivoco linguistico è superabile: il *Sollen* ha un senso identico nella *Sollnorm* e nel *Sollsatz* che la descrive, sebbene a volte cambi l'atteggiamento dell'enunciante rispetto alla cosa dovuta; nel testo legislativo «Primus deve x» è la formula d'una scelta politica; nel linguaggio del commento 'deve' suona in un «inverted-commas sense», come nella frase «la nuova Casa dei Comuni è un ottimo revival gotico», in quanto il superlativo non esprima un gusto di chi parla ma significhi: «quel tipo di revival gotico a proposito del quale certa gente – sai quale – esclamerebbe "ecco un bel palazzo"» [Hare 1952, pp. 124 sg.]. Dicendo «deve», il commentatore non comanda né rende una confessione ideologica: a volte la cosa descritta gli ripugna; le sue glosse non sottintendono nemmeno che in linea di tornaconto convenga un contegno osservante; sebbene la tendenza corporativa sia quietistica, non tutti i giuristi coltivano il feticcio hobbesiano dell'autorità. Insomma, a parte lo sfondo ideologico irrilevante in un'analisi formale, il verbo modale significa la stessa cosa nei tre contesti, legge, chiosa dottrinale, formula d'un giudice (cfr. § 3.5).

3.3. La fattispecie e gli effetti.

Dei testi, atti o fatti ivi contemplati, eventuali decisioni con il possibile seguito d'un'operazione che modifichi il mondo nel senso da esse prescritto: tale la sequela storica. I primi due termini costituiscono la figura minima d'ogni possibile ciclo d'esperienza giuridica; il terzo, non necessario in sede logica, in pratica è una costante; il comportamento spontaneamente uniforme, infatti, esiste soltanto nelle fiabe d'una antropologia mistificata; anzi, poiché il bisogno di qualcosa che componga i conflitti viene prima della disciplina positiva, in un assai probabile modello genetico i testi nascono da decisioni protogiuridiche in casi come quelle d'Oreste inseguito dalle Eumenidi. In un regime di fonti fluide o appena consolidate dominano immagini reali-

stiche di causalità naturalistico-magica: quando Aulo Agerio e Numerio Numidio inscenano una *mancipatio*, la proprietà «passa» nel modo in cui il papavero manda sonno, quaranta messe liberano l'anima d'un defunto, una novena chiama la pioggia; l'effetto risponde alla causa in catene omogenee. Occhi meno ingenui vedono come nessun fatto sia dotato in origine di *vis juridica*: tutto quanto avviene era incubato nella mappa delle norme.

Il monumento pandettistico ottocentesco culmina in una teoria dei fatti e delle vicende: il «rapporto giuridico» ne subisce di costitutive, estintive, traslative, «congiunte a dati avvenimenti quali conseguenze giuridicamente definite» [la storia di questo dogma in Cammarata 1929, pp. 161-71]; senonché, genio classificatorio e acume epistemologico non vanno di pari passo; quanto sia piú lenta la parabola del secondo, risulta dalla disputa sul meccanismo genetico di tali cose. Comincia Moritz Voigt nel 1862 in un saggio su *Causa* e *titulus*: dalle fonti romane emerge un nesso fatto-effetto metafisicamente reale. Philipp Lotmar accoglie la figura d'una causazione giuridica, usata in tono non problematico nel *System* di Savigny, notando come tale rapporto sia costituito dalla legge, o meglio dal «Recht als Subjekt»; il pasticcio delle ipostasi assume proporzioni inquietanti: questo «Recht als begrundende Macht» va distinto tanto dal diritto cosiddetto soggettivo quanto dall'oggettivo. Un anno dopo, nel 1876, Siegmund Schlossmann, nel libro sul contratto, dissente dalla linea realistica: parlando di fatti che costituiscono un rapporto giuridico o ne impediscono la costituzione o lo estinguono, mistifichiamo il fenomeno collocandolo sul piano degli avvenimenti di natura; secondo lui, quella tal relazione appartiene alla sfera psichica; il fatto non è la causa ma il motivo dell'effetto. Due anni dopo, in *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Ernst Zitelmann propone un concetto filosoficamente rivisitato di rapporto causale, la δίκη di Solone-Eraclito filtrata in Hume-Kant: tanto in natura quanto nel mondo una successione obbligata d'eventi assume la forma del giudizio ipotetico; «ogni singola norma postula un rapporto causale fra dei fatti e un *Sollen*...», secondo la formula «wenn... so sollst du»; non è un fenomeno naturale né un dato logicamente necessario; questi nessi li costituisce la «volontà del legislatore» [diffusi rilievi in Kelsen 1910, pp. 256-63]. Zitelmann segna il vertice della dottrina d'ascendenza pandettistica, nell'analisi del modo in cui viene al mondo un effetto giuridico. Stammler evoca un rapporto da mezzo a fine, Binder uno da *Grund* a *Folge*. La disputa somiglia a un torneo scolastico a colpi di *quidditas*, *haecceitas*, *ens*.

C'è un vizio nell'assunto, apparentemente ovvio, che la norma leghi un effetto a un fatto. Niente di peggio dei falsi problemi fioriti da un'escrescenza linguistica: ad esempio, «il vento soffia»; supponiamo che qualcuno, ingannato dal soggetto grammaticale, lo chiami in scena come soggetto logico; «il vento» diventa un individuo passibile di predicati e costituente il termine di date relazioni; «un vento impetuoso ha sollevato il mare in tempesta»; se è un soggetto logico, bisogna che sia pensabile indipendentemente da quei predicati e relazioni; cosa gli avviene quando non soffia? e in quale rapporto sta col fenomeno atmosferico-dinamico a cui allude la metafora ἄνεμος? La

norma non lega B ad A piú di quanto il vento soffi; la norma *è* la congiunzione A . B; tolti uno dei due termini o il segno che li congiunge, va a picco la proposizione; non raggiunge la soglia dell'esistenza logica una pseudonorma a cui manchi uno dei tre costituenti la cui somma chiamiamo «norma» come un vento che non soffi. Il discorso decade a vaniloquio. Ciò che congiunge B a A non è la norma ma l'atto di chi la pone; davanti al documento che lo rappresenta, constatiamo che qualcuno ha congiunto B a A; al prodotto A . B compete il nome di 'norma'. Qui il *Leitmotiv* kelseniano *Sein-Sollen* forse contiene un residuo dell'equivoco canonico. Un passo gnoseologico molto importante, accolto dalla solita disattenzione selettiva, viene dalle acutissime analisi di Angelo Cammarata [1926, pp. 130 sg., 137 sgg., 143 sg.; 1929, pp. 175-78, 187 sgg.; 1936, pp. 243-48, 235, 255, 265].

Abbiamo provvisoriamente concluso che la formula logica della norma sia una congiunzione. Scomponiamo i due costituenti cominciando dal secondo. «Effetto giuridico» è una metafora costruita sull'immagine di causazioni nel mondo invisibile. In casi simili già Bentham consigliava un'indagine estesa all'intero contesto [Hart 1953, trad. it. pp. 47 sg.], affinché emerga la regola d'uso del *definiendum*. Studiamolo nella massima dialettica secondo cui i reati sono fatti a cui la legge collega un effetto giuridico penale. I superstiti utenti d'una lingua desueta traducono «effetto giuridico penale» in «pretesa punitiva», metafora alquanto selvaggia, importata dall'almagesto pancivilistico, e il fenomeno penalistico diventa la contesa su un debito, secondo il canovaccio deprecato da Pašukanis. Il pubblico ministero propone una domanda al giudice istruttore o istruisce di mano sua o sottopone *ex abrupto* l'imputato a dibattimento; nel giorno, ora e luogo indicati, della gente dialoga in un «actus trium personarum»; alla fine qualcuno legge delle parole tecniche: il *clou* sta nel vocabolo 'condanna'. Abbiamo enumerato dei fatti contingenti: a volte l'imputato finisce assolto sebbene sia colpevole, perché non esistono prove sufficienti, o forse esistono ma il giudice le ha valutate male; nei casi scandalosi, salta persino la messinscena, non essendovi un imputato. I reati, dunque, non consistono in fatti a cui segua una pena, visto che ve ne sono d'impuniti. Allora definiamoli cosí: «dei fatti in alcuni casi puniti, in altri no; la probabilità di tale evento dipende da una variabile complessa: qualità intellettuale, cultura, fisionomia morale, storie individuali di quanti contribuiscono al lavoro penalistico, dall'ultimo gendarme alle toghe fastose, e poi livello degli stipendi, tipo di procedura, massa di lavoro pendente eccetera». Suona plausibilmente ma non da formula giuridica; è tipicamente un tema di curiosità sociologiche: come influisce l'ambiente sull'esito delle cause, quante volte risultino accolte le conclusioni dell'accusa, quale l'ideologia dominante tra i giudici e via seguitando.

L'effetto giuridico, insomma, non è un fatto rilevabile dai sensi né un fluido invisibile. Restano due ipotesi: che il nome connoti qualcosa d'inesistente, come gli influssi pestiferi d'un pianeta, o designi un'operazione mentale; nel primo caso, l'igiene linguistica impone che sia affossato; nel secondo, nasce una questione epistemologica; bisogna che stabiliamo in che cosa consi-

ste quel dato gioco di segni e fin dove sia utile. Che l'«effetto giuridico penale» non sia un parassita della lingua penalistica, lo constatiamo dalla seguente parafrasi: «sono reati i fatti sui quali, avverate date condizioni di procedura, un giudice onnisciente e devoto alla legge emette una di queste sentenze: condanna, perdono giudiziale, proscioglimento da non imputabilità...» Postulando un giudice onnisciente e devoto alla legge abbiamo proposto un'ipotesi storicamente falsificabile ma utilissima in sede gnoseologica: «effetto giuridico» è la formula ellittica di «se fosse compiuto l'atto *x*, ecco come lo valuterebbe un diagnosta infallibile»; tale il modello delle situazioni soggettive [Cordero 1956, pp. 64-96]. I pandettisti si domandavano cosa avvenga quando l'effetto irrompe nel mondo, quasi un'evocazione stregonesca (Zitelmann usa il verbo *wachrufen*). Non avviene niente: quando il pubblico ministero chiede l'istruzione formale, la norma «contenuta» nell'articolo 296, comma 1, non «si desta» né innesca alcun processo energetico; cadute le immagini alchimistiche, restano dei fatti e una costruzione mentale; il giudice fa quanto gli chiede il pubblico ministero, se no la sua condotta cade sotto un segno negativo; il caso, infatti, integra un illecito penale, essendo stato omesso un atto d'ufficio; a questo punto, in virtú dell'articolo 328 del Codice penale, deflagra invisibilmente una seconda carica di *mana* giuridico; il pubblico ministero deve imputargli il relativo delitto. Qualcuno rimane deluso dalla scoperta di quanto poco vi sia sotto la metafora «il fatto *x* ha prodotto l'effetto *y*»: sul piano degli avvenimenti obiettivi resta tutto come prima; quel *Wachruf* è il nome mitologico d'un passo mentale; avviene tutto nella testa di chi riflette sull'accaduto; il giudizio su un possibile, poi precipita a premessa del discorso su un fatto storico; poiché il giudice istruttore doveva compiere degli atti e non li ha compiuti, valutiamo cosí la sua condotta. Ammesso che il meccanismo delle vicende giuridiche sia definibile come la congiunzione A . B, adesso sappiamo come il secondo termine consista in un enunciato ipotetico. Designamolo con il simbolo *q*.

Meno complessa l'indagine sul primo termine. Qui sfilano delle immagini composte da frammenti di memoria; niente d'insensato, sebbene sia teoricamente possibile la previsione legale d'un avvenimento fiabesco: nemmeno le improbabilissime catastrofi dell'*Apocalisse* canonica escono dallo sperimentabile; le fiabe consistono in un *collage* di tante cose reali combinate in modo diverso dal solito. L'«effetto giuridico» abbiamo concluso che consista nel giudizio ipotetico su una condotta; tale il limite ontologico della categoria: una norma, un uomo, gli atti o l'inerzia di quest'uomo. Sovranamente libera, invece, la scelta legislativa dei presupposti: il terremoto inghiotte una casa ed estingue il diritto di chi la godeva a titolo d'usufrutto; se invece fosse crollata perché qualcuno vi aveva nascosto una mina, l'autore di tale condotta, colposa o dolosa, sarebbe obbligato al risarcimento; quando il giudice istruttore oppone una *fin de non recevoir* alla richiesta d'istruzione formale del pubblico ministero, siamo davanti a uno spettro normativo; lo suscita la legge prescrivendo una condotta positiva; a tali condizioni, il puro vacuum storico – il non esser accaduto qualcosa – diventa un «fatto» nella mappa normativa [Gallo

1950, pp. 24-29]. La fenomenologia dell'omissione prova come la legge sia onnipotente quando costruisce le fattispecie, salvo il danno politico di una scelta sbagliata: ogni atto legislativo crea qualcosa e costa al legislatore meno fatica di quanta un mago investa nei suoi; dicendo una cosa, la suscita; tutto finisce in parole, ovviamente, e qui sta il segreto dell'onnipotenza; lo stregone, un re assoluto, degli oligarchi, una o due assemblee, legano *q* a A o a non-A, come vogliono; il catalogo delle fattispecie ammette di tutto, dalle teomachie ai sabba, nel limite eventualmente imposto da norme piú alte nel medesimo ordinamento; ad esempio, l'articolo 27 della Costituzione esclude che qualcuno risponda penalmente del fatto altrui, ma dove una norma imponga a Primus l'obbligo penalmente sanzionato d'impedire un reato di Secundus, ecco una condotta omissiva imputabile a Primus in quanto fosse possibile un impedimento del fatto di Secundus [Gallo 1956].

La fantasmagoria delle *picturae in tabula legis* schernisce l'ontologismo giusnaturalistico in tutta la gamma dei suoi toni, dall'ingenuamente categorico all'insinuante [Welzel 1951, trad. it. pp. 360-83]. Ad esempio, secondo un assunto risalente a Christianus Thomasius, nessun effetto giuridico discende da un puro fatto dell'anima, perché la legge valuta il comportamento visibile. Nobilissima questa difesa dello spazio psichico ma un conto sono le scelte ideologiche un altro la teoria: intesa nel senso d'una impossibilità formale, la massima è analiticamente falsa, non essendovi alcun limite «logico» agli avvenimenti del mondo, incluso quel che il legislatore fa o non fa; in quanto argomento del tipo «sinora non è mai avvenuto», la smentiscono secoli d'inquisizione; se poi significasse soltanto che nessuno sa cosa l'altro pensi, il rilievo, poco attendibile *in facto*, sarebbe insignificante *in jure*; eventuali difficoltà di prova può darsi che dissuadano un legislatore cauto da incursioni nel fondale psichico, ma è una questione politica; quando decida simili interventi, la legge o allestisce un metodo di tecniche introspettive, magari legato a qualche sistema di presunzioni, o dà impudentemente mano libera al giudice affinché colpisca chi crede, secondo un disegno repressivo adeguato agli interessi dominanti. Davanti alle norme vigenti del *Codex juris canonici* in tema d'eresia, prevista quale puro fatto psichico, Kantorowicz [1958, trad. it. p. 97] ripiega su un argomento insolitamente vizioso: le idee eretiche vanno combattute, secondo l'ordinamento canonico, anche in chi le cova discretamente, senonché tale repressione costituisce un dovere religioso; il fatto che sia stato giuridicamente recepito non lo snatura. Da questo sofisma vediamo quanto pesi lo sfondo ideologico nella disputa su «cosa sia il diritto». L'acuto e coltissimo professore tedesco deposto da Hitler veste un «wishful thought» da assunto scientifico. Hermann Kantorowicz muore nel febbraio 1940. Nove anni dopo George Orwell vede prossimo – appena sette lustri – un regime in cui ogni atomo della psiche sia giuridicamente disciplinato.

Le fattispecie stanno ai fatti come una «figura» alla cosa effigiata; incombe l'idea d'una finzione: *fingere*, *fictor*, *effiges*, alludono a qualcosa di modellato; μορφή, εἶδος, σχῆμα, *exemplar*, *imago*, *species*, *simulacrum*, *signum*, sottolineano la distanza del modello dalla cosa viva; un passo delle *Verrinae* [III, 89]

contrappone una «figura» reale alla «ficta»; quel ladrone di Verre aveva messo gli occhi su una statua d'Imera, poi, vista la moglie del padrone di casa, non ci pensa piú, «quod eum multo magis figura et lineamenta hospitae delectabant» [Auerbach 1944, trad. it. pp. 174-220].

Di solito, a una fattispecie corrispondono molte condotte tipiche ma non consta che tale pluralità indefinita sia una costante [come sostiene Cammarata 1929, p. 183]; a parte ogni convenzione definitoria, una norma è tale anche se prescrive un singolo atto a un dato individuo, in un luogo e tempo altrettanto puntualmente definiti; sia o meno adempiuta, l'accaduto consuma il dovere. Discende invece dalla forma logica d'ogni norma che la qualificazione del contegno sia mediata da uno stato di fatto [*ibid.*, p. 186]. Ma le qualità di fatto ed effetto giuridico sono relative: quando la norma A contempla uno stato di cose già qualificato da B, tale qualificazione decade a elemento di fatto [Cammarata 1936, pp. 256 sgg.]; la questione emerge sul piano penalistico: il dolo investe anche i cosiddetti elementi normativi del fatto, ad esempio la cosa «altrui» nel delitto di furto, la qualifica di pubblico ufficiale nell'oltraggio, l'inesistenza d'un diritto al compenso nel peculato di chi approfitta d'un errore del soggetto passivo [Gallo 1952, pp. 72-82]. L'intera sintassi giuridica sta in due enunciati: se un testo di legge collega l'effetto x al fatto y, x non sopravviene finché non sia venuto y, a meno che il medesimo effetto sia altrove collegato a x^1, e quest'ultimo sia avvenuto; ai fini di x, non occorre niente piú di y. Due rilievi molto banali, come tutte le tautologie da cui dipendono importanti svolgimenti deduttivi. La trasgressione di tali regole genera difficoltà insolubili e fiumi di pessimo gergo. Chi ha istinto logico le osserva senza accorgersene.

La giurisprudenza scientifica è un catalogo di fattispecie: a volte la legge dissemina i frammenti in vari testi e lo studioso li compone; da un'astrazione di secondo grado, condotta sulle astrazioni legislative, escono delle classi: ad esempio, l'indagine su una nebulosa di fatti giuridici privati mette capo alla teoria della buona fede [Sacco 1949]. Oltre una data soglia di connotazione rarefatta il lavoro classificatorio non soddisfa piú un immediato bisogno pratico; nell'albero genealogico dei fatti giuridici, misurato in senso ascendente, ad ogni passo le figure perdono qualcosa dell'illusione di densità storica evocata dalla pittura legislativa: i singoli reati sfumano nel reato, i singoli contratti nel contratto, illeciti extrapenali e reato dissolti nell'illecito, contratto e testamento nel negozio, atti illeciti e atti negoziali nell'atto, atti e fenomeni naturali nel fatto, una classe che contiene tutto, essendo il mondo «was der Fall ist» ossia «die Gesamtheit der Tatsachen» [Wittgenstein 1922, 1 e 1.1]. A questo punto emerge la formula definitiva dell'avvenimento giuridico: p designa la fattispecie, q l'effetto; q è una proposizione vera in quanto siano accaduti dei fatti che avverino p; i discorsi su cosa succede giuridicamente quando siano avvenute date cose combinano due termini, antecedente e conseguente; impossibile che, vero p, sia falso q; possibile che sia vero q, essendo falso p, in quanto una seconda norma contempli un fatto equivalente (tale la tecnica legislativa a proposito della cosiddetta sanatoria degli atti invalidi); dove invece l'effetto in questione sia contemplato da una sola norma, p implica q e q implica p.

3.4. Regole di condotta.

L'archetipo minimo della fenomenologia normativa, al di sotto del quale non avviene niente di giuridicamente definibile, è un enunciato descrittivo. L'indagine sul «locus» di questa «prescriptiveness» [Edel 1963, pp. 55-81] coglie almeno quattro lati del fenomeno: situazioni psicodinamiche, atti espressivi, meccanismi qualificatori, tecniche agogiche. Grossolanamente semplificato, il fatto germinale consiste in due tensioni divergenti: Primus tende a x, Secundus a non-x, dove x significa qualcosa d'importante nell'economia degli impulsi sfogati sulla scena sociale; stiamo supponendo che gli oggetti delle rispettive attese siano incompatibili. Quando Primus non voglia x o Secundus voglia non-x, manca la condizione genetica del fenomeno: il primo dei due requisiti sta *in re ipsa*, nel fatto che qualcuno agisca in senso normativo, essendo analiticamente falsa l'ipotesi d'un atto gratuito («appete» qualcosa persino il suicidio consumato a freddo, fuori d'ogni motivo socialmente intelligibile); il secondo può darsi che manchi; in tal caso l'eventuale gesto normativo, formalmente possibile, cade nel vuoto, in quanto l'effetto sopravviene da solo. Il bando «da domani ognuno compia o ometta quanto giova a una lunga vita» vale nei limiti in cui lo *jubens* trovi degli antagonisti: stiliti dediti a gare d'ascetismo esibizionistico, masochisti *ab origine* o diventati tali a causa dell'impossibilità d'un deflusso dell'istinto aggressivo, innamorati delusi, malati inguaribili tentati dalla prospettiva d'un esodo e simili infelici; ma se il tiranno disponesse «ognuno compia od ometta quanto giova alla specie di vita che lo attira di piú», l'editto sarebbe ugualmente adempiuto da Ismene, che ha voglia di vivere, e da Antigone, visibilmente dominata da impulsi di morte. Non appartiene alla classe delle norme un enunciato pseudoprescrittivo su cose naturalmente necessarie; «sinnlos» lo chiama Kelsen, non meno che se ne prescrivesse d'impossibili, ma la similitudine nasconde una differenza molto notevole: «sarà impiccato chiunque non tocchi il cielo col dito» è una norma; il contenuto folle non toglie che, a date condizioni, sia valida ed efficace (cosí in un ordinamento dove viga il canone «quod principi placuit legis habet vigorem», il principe sia pazzo e conti su un adeguato sostegno di sgherri fedeli). Supponiamo che Caligola commini la morte a chiunque violi la legge di gravità; lo stato logico di tale formula somiglia a quello di «ogni A a cui competa la qualità x, è un A», escrescenze verbali ugualmente inutili: una non modifica il mondo, l'altra non dice niente.

Le tensioni antagonistiche incubano conflitti violenti. L'atto normativo punta a una soluzione preventiva: il piú forte, o quello che si ritiene tale, tenta un assoggettamento pacifico dell'antagonista; dapprima mette dei desideri in parole o nella mimica, come se il gesto evocasse la cosa, secondo una regola di magia mimetica; tali operazioni escludono ogni senso vagante; anche in un secondo tempo, raffreddata dal lungo distacco raziocinante, la condotta im-

perativa rimane tipica. Il contenuto aggressivo la distingue da due figure affini: la preghiera è un atteggiamento espressivo evoluto, in quanto implica una partita abilmente condotta dalla posizione debole (molto adatta all'affinamento intellettuale) e un calcolo di cause psichiche: il consiglio sottintende, a volte ipocritamente, che la scelta spetti al destinatario [Cordero 1967, pp. 144 sg., 229 sg., 159-62]. Sia o meno immediatamente efficace (non lo è quando «condicio pendet»), l'atto normativo individua un comportamento positivo o omissivo, definendolo eventualmente quanto a luogo, tempo, durata, strumento e ogni pensabile modalità: l'inquisitore impone all'eretico riconciliato d'esibirsi alla porta della chiesa nelle tali feste, col *sanbenito* o due croci dipinte davanti e sulla schiena, in date ore. Non sembra discutibile che l'analisi del fenomeno cominci dai verbi all'imperativo, sebbene compongano «a mixed bunch» [Hare 1952, p. 4]: tale la forma primitiva d'un enunciato che «esiga» qualcosa da qualcuno; gli argomenti addotti in senso polemico [Wright 1963, pp. 96 sgg.] fanno leva su una superabile equivocità dell'«imperative mood», possibile veicolo di richieste quali «please, give me...» e ammonimenti del tipo «don't trust him», o postulano il «permesso» come qualificazione normativa indipendente, un assunto insostenibile (cfr. § 3.6). Individuando la condotta dovuta l'imperativo pone un modello. Il tentativo di cattura d'una psiche qui diventa discorso valutativo: la norma, in qualche modo avulsa da chi la costituisce, qualifica in senso negativo ogni contegno difforme; l'atto dell'*imperans* ha evocato una categoria deontica; il dovuto implica, a cose fatte, una situazione valutata in chiave d'assenso o rifiuto; Saul ha disubbidito e il Signore lo «respinge» [*I Re*, 15, 23]. Siano o meno applicabili alle formule normative i principî di contraddizione e del terzo escluso, il discorso qui muove da un assunto analiticamente vero: «se tutti gli atti diversi dal comandato sono biasimevoli e ne hai commesso uno, sei da biasimare». L'inflessione del predicato non influisce sulla forma logica della frase: 'biasimevole', classica *value-word*, è fungibile con «nero», «calamitoso», «infetto» o qualsivoglia aggettivo a funzione impersonalmente descrittiva. Samuele comunica a Saul un comando di Yahwēh: «Va', attacca Amalec e distruggi tutto... uomini, donne, fanciulli, lattanti, buoi, pecore, cammelli, asini» [*ibid.*, 1-3]. Cosa bolla sotto risulta poi dall'invettiva di Samuele: «Dio vuole olocausti o non piuttosto che la sua voce sia ubbidita?» [*ibid.*, 22]. Dato tale modello, costituisce una trasgressione che i prigionieri siano passati a filo di spada, meno il re Agag, e i vincitori si tengano il bottino, distruggendo soltanto qualcosa d'infima qualità: lo ammette chiunque sia capace di rudimentali mosse logiche; il gesto moralmente valutabile sta nell'adesione alla premessa, non nelle mosse che la svolgono. Quando un giudice dall'anima obesa se la cava dicendo: «in fondo, svolgo un lavoro logico-storiografico, indagando su dei fatti e qualificandoli in base a dei canoni precostituiti, con un'ovvia inferenza finale», il lato tartufesco dell'apologia sta nella presupposizione tacita della qualità di giudice devoto a una data legge; sta lí l'oggetto della questione, se meriti o meno consenso chi si fabbrica quello *status*.

Nell'esempio biblico vediamo come persino uno *jubens* dai precedenti di

Yahwēh rischi uno smacco se affida il suo prestigio a un nudo atto normativo: Saul avrebbe adempiuto scrupolosamente se gli fosse stata predetta la conseguenza dell'eventuale inadempimento, ma il partner aveva scelto un *modus operandi* obliquo; messo davanti a un comando puro e semplice, lo esegue imperfettamente senza il minimo presentimento. Indubbiamente, la sua autodifesa suscita un sospetto di coscienza duplice; non che abbia disubbidito consapevolmente; ha rimosso la questione se quel comportamento fosse o meno *fas*; nessuno l'aveva avvertito del castigo [*ibid.*, 10-23]. Se non fosse un espediente inteso alla rovina di Saul, già condannato negli occulti disegni divini (classico esempio di questo stile criptico le parabole di Gesú, incomprensibili da quelli a cui il messaggio non è destinato), diremmo che qui il manipolatore d'anime ha sbagliato politica; la prospettiva d'un castigo esattamente calcolato funge da controstimolo all'atto proibito: a parte le tariffe penali stabilite in ordine a singoli delitti [*Levitico*, 20], l'intera vicenda del rapporto Dio-popolo dipende da un puntuale sistema di contrappasso [*ibid.*, 26].

Trasponiamo l'analisi in sede giuridica. Qui non interessa la tensione antagonistica in cui nasce il fatto normativo. Quanto alla lingua, il materiale legislativo esibisce campioni di un uso eterogeneo: assente la forma desueta dell'imperativo, come impone questo tipo impersonale di comunicazione; ambiguo il verbo modale «dovere», comunemente esteso agli oneri (nell'articolo 93, comma 1 del Codice di procedura penale, «chi intende costituirsi parte civile deve farne dichiarazione personalmente...»); ricorrono sistematicamente formule ellittiche all'indicativo; polivalente il verbo 'potere'. Insomma, la diagnosi del senso prescrittivo d'un enunciato non sembra possibile «on morphic grounds», in base al semplice segno [Wright 1963, p. 102]. Nell'ultimo comma dell'articolo 48 del Codice di procedura penale «il giudice... può provvedere con unico giudizio per tutti gli appelli» non significa che la scelta sia gratuita; nell'articolo 363, comma 1, «quando la persona... deve essere riconosciuta da chi ha la qualità di testimone» equivale a «è sul punto di...»; nell'articolo 78, comma 2, «quando si deve compiere un atto processuale...» significa «ogniqualvolta sia compiuto un atto processuale», dovuto o non dovuto [Sacco 1950]. In italiano 'potere' e 'dovere' coprono la gamma *dürfen-können* e *sollen-müssen*. Analogo effetto ambiguo in inglese a proposito di *may-can* e *shall-ought-must*. L'uso bivalente di 'dovere' confonde senso «anancastico» (dal greco ἀνάγκη) [Wright 1963, pp. 10 sg., 95, 101] e deontico: in un caso il verbo designa l'«esser necessario» nella trama causale del mondo («tutti gli uomini devono morire»), una figura spesso evocata in frasi ipotetiche del tipo «se vuoi... devi...» e facilmente trasposta dal piano della causalità fisica alla giuridica (gli interessati alla vendita d'un immobile «devono» stipulare un negozio scritto, se vogliono l'effetto traslativo della proprietà); nel secondo, quel contegno costituisce oggetto d'una «pretesa normativa». Il perdonabile psicologismo di questa metafora coglie la situazione del destinatario: o adempie o la sua condotta, qualunque sia, riceve uno stigma.

Stranamente non disponiamo d'un nome univoco convalidato dall'uso: 'illecito' significa troppo, perché implica una sanzione; 'difforme dalla legge'

resta al di sotto della giusta soglia semantica, essendo definibile cosí anche la vendita d'immobile stipulata oralmente e quindi nulla. L'atto è dovuto quando una norma lo esige in se stesso, non come antecedente d'eventuali effetti [Cammarata 1936, p. 257]. Non appellando, il condannato contribuisce allo stato di cose da cui dipende l'irrevocabilità della condanna: ecco un fatto negativo non definibile in termini d'omissione perché nessuna norma impone l'atto non compiuto; che l'imputato non appelli, è un'eventualità davanti a cui il legislatore – utile questa favola antropomorfica – non dà segni di sfavore (talvolta anzi, a fini d'economia processuale o perché la disputa gli ripugna, in quanto stimolo a impulsi politicamente malsani, attua strategie dissuasorie da una data facoltà processuale, come ai tempi dell'appello cosiddetto incidentale del pubblico ministero); quando poi l'appellante sbagli nell'uso dello strumento, ad esempio muovendosi al di là del termine, l'appello è «inammissibile»; tale qualifica implica una valutazione negativa, ovviamente, ma non è la stessa nominalmente inflitta a un giudice che non depositi l'originale della sentenza entro il quindicesimo giorno da quello in cui ha letto il dispositivo nel dibattimento (art. 151, comma 1 del Codice di procedura penale); la parte ha compiuto un atto invalido ossia inidoneo al fine perseguito; il giudizio tecnico di *unfittingness* non sottintende un biasimo se non dal punto di vista, estraneo alla nostra cabala legislativa, d'una ideologia calvinistica-paleogesuitica-capitalistica in senso weberiano, in cui ogni insuccesso sia peccato.

Il discorso sulle formule ha condotto al criterio di valutazione. Il dovere è una categoria formale; l'abbiamo decomposta in due costituenti, un modello e degli atti possibili: contemplandoli in tale figura li definiamo «dovuti» [Cammarata 1926, pp. 130 sg., 137 sgg., 143 sg.]. L'aggettivo 'necessario' [Cammarata 1936, pp. 260 sgg.] confonde il senso deontico con l'anancastico e contiene anche una reminiscenza magica: la forma scritta è «necessaria» in una vendita d'immobile; se qualifichiamo con lo stesso segno il deposito della sentenza nel quindicesimo giorno dall'emissione, qualche ignaro pensa che il documento voli sul tavolo del cancelliere nel modo in cui cade un meteorite, senza alcun lavoro del giudice; quasi nessuno osserva questo termine ma la diffusa trasgressione non affievolisce il dovere imposto dall'articolo 151 del Codice di procedura penale. Da simili esempi vediamo come gli atti dovuti siano i meno necessari del mondo, nel senso in cui l'aggettivo designa l'impossibilità, logica o fisica, d'uno stato diverso. Sebbene qualcuno riproponga un «indefinable "ought"» [Ewing 1962, pp. 93-101], l'anamnesi sociopsicologica ha liquidato ogni dubbio sulle ascendenze del concetto: sappiamo da quali esperienze nasce; analisi ormai ovvie hanno svolto nei due sensi il filo della *crystallisation* pseudointellettuale d'un fatto emotivo. Senonché la matrice psichica appartiene a uno strato sepolto: dopo un lungo circuito semiotico, quel segno in origine carico d'un senso brutalmente immediato ha subito molte mutazioni; in sede giuridica lo usiamo come strumento formale; il giurista dice «deve» nel modo in cui un matematico scrive i suoi simboli; è forse il caso piú eminente di parola emotiva essiccata. Psicologicamente svuotato [Kelsen 1945, trad. it. p. 35], il comando diventa una norma. Non importa l'atteggiamento affettivo del suddito davanti al modello [Gobry 1962, pp. 263-311]: i fatti psichici contano nei limiti in cui una norma li contempla; le questioni di coscienza erronea, laboriosamente discusse nella teologia duecentesca, decadono a teoremi esegetico-dogmatici; l'articolo 47 del Codice penale stabilisce quali errori siano valutati a favore dell'imputato; l'articolo 49 definisce penalmente irrilevanti i reati putativi e impossibili.

Infine, le tecniche coattive. Austin vi costruisce la definizione del fenomeno giuridico postulandole quale dato primitivo: «every law... is a command»; un comando differisce dalle semplici dichiarazioni di desiderio «not by the style in which the desire is signified», sicché nella prospettiva di Saul non costituisce un comando il messaggio divino trasmesso da Samuele, «but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded»; Yahwēh dispone d'una potenza temibile ma nella formula del *nuncius* niente allude a un castigo incombente nel caso in cui non sia eseguito alla lettera il piano di genocidio [*I Re*, 15, 1-3]; a volte capita che l'uomo veda il lato morale delle questioni meglio del partner onnipotente; Saul può aver inteso quell'eccesso truculento come un'escrescenza enfatica. Il comando, dunque, «is a signification of desire», con questo di tipico: il destinatario rischia una sanzione se non adempie; tale il senso del vocabolo *duty*; «being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am *bound* or *obliged* by your command...» [Austin 1885, pp. 88 sg.]. Nella concettuologia austiniana il fenomeno giuridico esce dal meccanismo coattivo nel modo in cui il personaggio d'una cosmogonia teistica fabbrica il mondo standone fuori: impossibile un'analisi giuridica del procedimento secondo cui la sanzione è inflitta, a meno che qualcuno vi sia giuridicamente obbligato, ossia ne rischi una su di sé qualora non la infligga nel modo prescritto, ma allora è indefinibile la situazione di colui che punisce il misfatto consistente nel non aver punito l'illecito del suddito; poiché a un dato punto finisce la catena degli obblighi, Austin conclude che il «sovereign power» sia «incapable of legal limitation» [*ibid.*, pp. 263, 278 sgg., 288]. Lo svolgimento sulla «law of things» comincia da una «leading division» dei diritti-obblighi in «primary» e «sanctioning», a cui corrispondono due specie di norme, «substantive» e «adjective or instrumental»; se la prima fosse perfettamente adempiuta, la seconda «would lie dormant»; le obbligazioni *ex delicto* e tutta la materia penalistica cadono in tale «droit adjectif» [*ibid.*, pp. 760-65].

A Kelsen questa costruzione sembra eccepibile sotto il profilo dell'economia logica: se il divieto del furto è giuridico in quanto sia comminata una pena al ladro, delle due norme in cui l'analisi austiniana scompone il fenomeno, la «primary» è superflua, essendo contenuta nella «sanctioning» [1945, trad. it. pp. 61-65]; «pluralitas non est ponenda sine necessitate» ossia «frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora». Cosí l'inglese Austin, ockhamista d'istinto, finisce sotto il rasoio d'un tedesco di Praga nato nell'epoca barocca della pandettistica. La norma, dunque, consiste nella previsione di q in quanto da un'operazione giuridicamente disciplinata risulti p, dove q de-

signa un atto coattivo e *p* un avvenimento conforme alla fattispecie. In sede politica, la legge punta a un dato contegno dei sudditi e tocca il culmine dell'efficacia quando nessuno la «violi». Diversa la prospettiva formale; qui il suddito è solo un «möglicher Rechtsverletzer»; anzi, già l'immagine d'una *Rechtsverletzung* concede troppo alla metafora; «diritto» equivale a «apparato coattivo»; ovvio che sia usato tanto piú spesso quanto meno la gente asseconda i desideri del gruppo dominante. Suscita ancora scandalo l'idea che le norme siano destinate soltanto agli organi dello Stato, cioè a chi lo serve. Qualcuno poi rimane cogitabondo davanti alla situazione *sub specie juris* di tali strumenti animati. Tutto chiaro finché sia prevista una sanzione a carico dell'inadempiente: in tal caso il colpito viene in scena come suddito, non nella veste d'organo dello Stato; il giudice istruttore che opponga un'ostinata *fin de non recevoir* al pubblico ministero che gli chiede l'istruzione formale (un'omissione penalisticamente qualificata dall'articolo 328 del Codice penale), a parte *nomen juris* e pena, è un trasgressore come tanti altri, da chi abusa d'un clacson al parricida. Ma vi sono dei modelli di condotta la cui trasgressione non implica effetti penali, disciplinari o civili, sebbene lo Stato, antropomorficamente inteso, non sia affatto indifferente ai due poli dell'alternativa; disponiamo persino d'una definizione legislativa nell'articolo 154, comma 1 del Codice di procedura penale: «i magistrati, i cancellieri, gli ufficiali giudiziari, gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, sono obbligati a osservare le norme stabilite in questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione particolare».

La decisione inoppugnabile d'un giudice non soggetto a sindacato disciplinare viene al mondo nel niente giuridico, come gli atti d'un sovrano *legibus solutus*, se l'unico criterio diagnostico del «dovuto» sta in una sanzione comminata all'inadempiente. Secondo una voce *de auditu* accolta dai cattivi lettori, tale sarebbe l'assunto nichilistico di Kelsen, ma gli *Hauptprobleme* discutono la questione nei termini esattamente opposti: gli organi dello Stato non stanno nella posizione dei sudditi rispetto alla legge; questi ultimi la subiscono come meccanismo di atti coattivi, vittime del conflitto su cui piange san Paolo nel capitolo VII dell'*Epistola ai Romani* («scimus enim, quod Lex spiritualis est, ego autem carnalis sum, venditus sub peccato...»); «des Staates Wollen», invece, «ist sein Sollen, seine Pflicht ist sein Wille» (nella sistematica pandettistica di cui il giovane Kelsen è ancora imbevuto, al *Wollen* compete il posto d'un *primum mobile*); «ogni enunciato dove sia espressa una volontà statale riflessiva è una proposizione giuridica... perché statuisce qualcosa di voluto e, dunque, giuridicamente dovuto dallo Stato in ordine all'atto in questione»; non che tali *Rechtssätze* e quelli applicabili ai sudditi siano entità irriducibili; esiste un solo *Rechtspflichtbegriff*; il primo *Rechtssatz* contiene il secondo; la *Zwangstheorie* supera la *Imperativtheorie*, in quanto il baricentro del fenomeno giuridico vi cade in una volontà – dunque, in un dovere – «des Staates zu eigenem Handeln, strafen und exequieren», ma va notato come tale pretesa normativa sia «zwanglos»; ogni formula in cui lo Stato disciplini un proprio atto è «norma in senso ampio»; «er normiert die Pflicht des Staates zu diesem Verhalten», ad esempio quando costruisce ferrovie o assiste indigenti, vedove, orfani, invalidi; dalle «norme in senso stretto», dove la legge stabilisce le condizioni dell'atto coattivo, sorge un obbligo a carico dei sudditi – obbligati al contegno opposto a quello ivi contemplato – ma sono giuridiche in quanto impongano un dovere agli organi statali; in breve, «ogni norma statuisce un dovere dello Stato, alcune anche un obbligo dei sudditi» (in entrambi i casi il testo dice «Pflicht»); tale effetto obbligatorio non è «un costituente necessario d'ogni norma» [1910, pp. 251 sgg.].

Queste battute svolgono una teoria logicamente inespugnabile: negli ordinamenti evoluti, in cui sia praticata la tecnica di produzione giuridica denominata «Stato», solo gli organi statali «devono» qualcosa, nel senso deontico del vocabolo; il suddito (anche un funzionario in dati contesti diventa tale) è «obbligato» a *x* quando non-*x* sia la fattispecie d'una norma in base a cui un organo dello Stato «deve» compiere un atto classificabile nella tipologia delle sanzioni. Sfortunatamente Kelsen ha scelto una nomenclatura *misleading*: seguendo Austin, chiama «dovere giuridico» l'obbligo; «secondo questa definizione del dovere, la norma che obbliga qualcuno all'astensione dall'illecito, comminando una sanzione, non impone alcun dovere giuridico d'eseguirla», a meno che una seconda norma contempli un analogo trattamento a carico di chi non ha applicato la prima, ma la serie non ammette un *regressus ad infinitum*; prima o poi ne viene in gioco una in cui la condotta repressiva non sia giuridicamente dovuta «in quel senso»; nessun dubbio sul significato deontico della formula; un tale, investito d'un dato ufficio, «deve» compiere quell'atto, senonché il verbo modale qui «designa soltanto il senso specifico in cui la sanzione è "stabilita", "disposta" o "determinata" nella norma» [1945, trad. it. p. 60]. L'atto, dunque, risulta non giuridicamente dovuto, sebbene sia fondato lí l'obbligo giuridico del suddito.

Peccato che un pasticcio di nomenclatura offuschi un'acutissima analisi. La seconda *Reine Rechtslehre* complica la cosa con un distinguo superfluo, nel senso che *sollen* non significhi solo *gebieten* 'comandare' ma anche *ermächtigen* 'investire d'un potere' e *positiv erlauben* 'permettere qualcosa di vietato' [1960, pp. 26, 52, 124 sg., nota]. Sembra svanito lo sfondo speculativo degli *Hauptprobleme*. Siano A e B due norme che investono il giudice d'un potere di condanna. A lo disciplina quanto a presupposti, specie ed entità della pena; B gli lascia mano libera: punisca chi vuole, a qualunque titolo, come ritiene meglio, da un sommesso monito allo squartamento. Supponiamo ancora che le sentenze contemplate da A siano inoppugnabili e in un dato caso sia previsto un blando biasimo: Primus condanna allo squartamento, pena di misfatti assai peggiori; date le medesime premesse di fatto, Secundus, applicando B, assolve. Escluso il concetto d'un dovere non coercibile, i due casi diventano indiscernibili in linea giuridica. A Kelsen non fanno paura i paradossi ma non consta che ammetta conclusioni simili, anzi le premesse del sistema le escludono; quel rilievo su *sollen* come vocabolo a sfera semantica complessa, specificabile in *gebieten*, *ermächtigen*, *positiv erlauben*, ha l'aria d'un *obiter dictum*; la questione discussa in tali luoghi non tocca lo status del *sollen*

deontico, l'unico grammaticalmente lecito in tedesco; l'autore indaga sul punto se una «Definition des Rechts als Zwangsordnung» sia sostenibile davanti a norme che attribuiscono poteri o facoltà [*ibid.*, p. 52].

La connotazione del fenomeno giuridico in termini di coattività è gnoseologicamente eccepibile, soprattutto dal punto di vista d'una teoria «pura»: quel postulato introduce un punto di vista sociopsicologico; l'atto coattivo, usato quale strumento di contro-causalità psichica, è una condotta come tante altre, rilevante in quanto la legge lo contempli [Cammarata 1925, pp. 78-82; 1930, pp. 199 sgg.]; chi nega la giuridicità delle norme disarmate contamina la prospettiva formale con una finalistica, ponendo il requisito di un'idoneità psicagogica dell'enunciato prescrittivo, ipoteticamente garantita dallo spiegamento scenico intimidatorio [Cammarata 1932]. Se qualcosa inducesse una μετάνοια nei sudditi – una catastrofe climatica, la scoperta di nuove fonti d'energia, il vangelo d'un santone o la brutale pedagogia d'una comunità chiusa – svuotandoli d'ogni impulso antisociale, quest'evento segnerebbe non tanto una *Auflösung* del diritto, come nella apocalittica marxista, quanto lo sviluppo di nuove tecniche, ugualmente giuridiche, basate, ad esempio, sull'agonismo della *performance* stachanovista [Stalin 1935] o ascetica [Dodds 1965, trad. it. pp. 32 sgg.]; la dicotomia «conforme o meno al modello d'una condotta dovuta» lascia il posto a una valutazione di pregio, tanto indefinitamente articolata quanto perfettibile la qualità degli agonisti [Cordero 1967, pp. 97-104 e 288 sg.], ma il canone del dovuto sopravvive nel meccanismo di stima delle singole gesta; un sistema costruito su quest'ipertrofia paranoide dell'idea di sé va in crisi appena i giudizi risultino scandalosamente falsi.

Quanto al comportamento dovuto, sappiamo come consistano in atti o omissioni: dove l'adempimento sia impossibile, la norma è una mossa politicamente sbagliata; non che vi sia un limite logico; dato un paradigma folle (ad esempio, sognare soltanto cose avvenute nelle leggende del ciclo bretone), il *subditus* – se lo sia scelto lui o gliel'abbiano imposto – deve agire cosí; la regola tecnica su eventi fisicamente impossibili è un'idiozia; la sua equivalente deontica, sostenuta da un temibile apparato coattivo, spiega effetti devastanti. Al di là della coppia azione-omissione, il disegno classificatorio propone artifici utili o meno, secondo i fini della singola ricerca [ingegnoso il quadro di Wright 1963, pp. 35-55].

Veniamo ai modi di previsione della condotta: anche la piú meticolosamente elaborata delle fattispecie descrive ellitticamente; nel racconto del sacrificio d'Isacco l'elohista coglie soltanto i punti culminanti; Proust dipinge in una prosa che rompe il fiato, brulicante d'incisi, «scissioni cellulari», biforcazioni, effetti sapientemente ritardanti, ma persino quest'«infinito lavorio spirituale» su un esile ordito di fatti (cosí Leo Spitzer) resta al di qua della complicatissima trama d'un singolo evento; sulla pagina, l'apparizione di Odette Swann nel Bois de Boulogne è un composto di poche immagini disseccate; qualunque passaggio di Mme Swann in *victoria* dalla Porte Dauphine contiene enormemente di piú. Talvolta il linguaggio indeterminato del modello legale ubbidisce a un calcolo politico, ad esempio nei fenomeni di cosiddetta discrezionalità. Anche qui c'è un comportamento dovuto, sebbene nell'uso linguistico comune 'discrezionale' talvolta qualifichi dei casi in cui il soggetto investito d'un potere lo esercita o meno, come vuole. Qualcuno deve qualcosa ma la legge non descrive l'antecedente o almeno non lo descrive tutto: la mappa incompiuta esige operazioni ricognitive intessute di segni che connotano; l'omicidio è una *pictura in tabula*; «gravità del reato» e «capacità a delinquere» – i parametri secondo cui l'articolo 133 del Codice penale stabilisce che sia calcolata «discrezionalmente» la pena tra minimo e massimo legali – sono il simbolo di due calcoli piuttosto complessi; il destinatario non dispone d'aiuti visivi; la legge lo chiama a un periplo logico e gliene segnala i punti cruciali; spira aria di gioco criptico; la «gravità del reato» si diagnostica da tre segni, la «capacità a delinquere» da quattro, ciascuno individuato nel *genus*, ma quando il diagnosta pensa d'aver toccato un fatto, la sensazione gli sfuma nelle mani; «l'intensità del dolo», ad esempio, è un castello di concetti; alla fine, bene o male, dal lavorio induttivo esce quel che manca nella figura legale [Cordero 1956, pp. 158-73].

«Il giudice», dispone l'articolo 254, ultimo comma, del Codice di procedura penale, «nel decidere se debba valersi della facoltà d'emettere il mandato di cattura, deve tener conto delle qualità morali della persona e delle circostanze del fatto». Non è una facoltà ma un potere. Individuate tali variabili, «qualità morali della persona» e «circostanze del fatto», il valutante istituisce un calcolo inventandosene le regole: la legge, infatti, non dice cosa conti di piú, contro e a favore, se la qualità spregevole dell'agente o una circostanza moralmente positiva del fatto; in dati limiti la scelta del giudice non ammette un vaglio critico che la squalifichi come giuridicamente sbagliata. Ai fini della valutazione di dovere, non interessa la misura di tensione psichica profusa dal diagnosta: può darsi che dopo sforzi estenuanti abbia scelto male e viceversa, secondo quanto giudica un altro; dipende dall'efficacia giuridica della conclusione dissenziente; quella d'un semplice spettatore lascia il tempo che trova. Caso eminente d'atto discrezionale il *référé legislatif*, nei termini in cui lo istituisce l'Assemblea Costituente (art. 12 del decreto 16 agosto 1790): i giudici devono deferire la questione al corpo legislativo «toutes les fois qu'ils croiront nécessaire d'interpréter une loi»; «devono» ogniqualvolta «pensino che...»; il fatto che la Cassation saggi la plausibilità dell'opinione affermativa colloca la questione su un piano oggettivo, ma tutto resta al di qua del verificabile se il giudice, mentendo o sbagliando, sostiene che il testo sia *clair et précis* [Gorla 1969*a*, pp. 1887 sg.].

3.5. Situazioni soggettive.

I segni 'dovere' e 'potere' definiscono tutto il giuridicamente qualificabile. Già dalle cose dette risulta come le rispettive figure siano indipendenti: 'potere' significa essere investiti d'una potenza normativa; 'dovere' designa la situazione del destinatario d'una regola di condotta. Attribuite in base a norme distinte, tali qualifiche interferiscono ogniqualvolta lo stesso contegno sia

contemplato in due sedi; ecco le possibili combinazioni: uno può e deve, può e non deve, può e deve non. La prima evoca il fenomeno della *lex perfecta*, come la chiamano i *Tituli ex corpore Ulpiani*; di fatto, le *leges* sono due: una conferisce il potere disciplinandone l'esercizio, sicché nasce morto ogni atto difforme dal modello; l'altra prescrive al legittimato quel tal comportamento; ogni trasgressione della regola di condotta coincide con una *défaillance* dal punto di vista della regola di competenza; l'atto efficace è anche conforme a quanto il soggetto «doveva»; il difforme *nullum producit effectum*. Supponiamo che una macchina, usata nel modo *x*, produca l'effetto *y*, e una norma imponga *x* all'operatore, eventualmente comminando una pena; il limite d'efficacia dipende da uno stato obiettivo di cose tenendo conto del quale l'autorità esige la condotta tecnicamente idonea; *in re juridica*, invece, entrambe le valutazioni sono fondate nella legge: una scelta legislativa stabilisce quale sia il regime dell'appello quanto a tempo e forma, se basti o meno il nudo consenso alla vendita d'un immobile e via seguitando.

Nella seconda figura rileviamo una sola norma, appartenente alla classe delle regole di competenza: l'atto del non legittimato è inefficace, altrettanto quello del legittimato che non adempia tutte le condizioni positive e negative dell'effetto, ma l'insuccesso cade nel giuridicamente permesso; l'agente inabile non ha commesso niente di proibito; è soltanto uno che dissipa del tempo in un lavorio sterile, come i diavoli dalle mosse incongrue in Bosch. Il giudizio su tali cose discende dal canone economico dell'onore; James Goldschmidt lo definisce cosí, nella contesa processuale: «die Nötigung», ossia un *müssen* radicato nella trama causale del mondo, norme giuridiche incluse, «durch Vornahme einer Prozesshandlung einen prozessualen Nachteil, in letzer Linie ein ungünstiges Urteil abzuwenden» [1925, p. 252]. In questa visione pessimistica il successo consiste nell'evitare uno smacco. Essendo il mondo governato da εἱμαρμένη, chi non vuol soccombere bisogna che (cioè «deve» nel senso non normativo del verbo) svolga le serie causali giuste.

Nel terzo caso qualcuno ha un potere e non deve esercitarlo; se però lo esercitasse, l'atto sarebbe efficace sebbene la legge lo vieti, talvolta comminando una sanzione: il giudice incompetente, ad esempio, «può» decidere sul tema di merito, essendo investito del relativo potere (infatti l'eventuale sentenza passa in giudicato se nessuno la impugna), ma deve astenersene. Ovvio il sottinteso: sarebbe bene che il meccanismo d'un potere fosse usato in un dato modo, senonché vengono in gioco degl'interessi non simultaneamente tutelabili; dove il giudice abbia tanto potere quante sono le cause che la legge gli affida, la sentenza emessa al di là del limite è «inesistente», dicono i processualisti, ossia non costituisce mai un giudicato; la linea opposta di politica legislativa muove dall'assunto che la divisione del lavoro giudiziario sia soltanto uno strumento; in fondo, sono tutti giudici; la legge italiana attua un ragionevole compromesso; quel tal giudice deve spogliarsi della causa ma se non lo fa e nessuna delle parti impugna la sentenza, quest'ultima passa in giudicato. Spesso le figure legali del comportamento dovuto e dell'atto normativo coincidono in parte: chiamiamole *D* e *P*; data una situazione, storicamente inscindibile, composta *a*, *b*, *c*, *d*, *D* riflette $a+b+c$; in *P* figurano $b+c+d$; sovrapponiamo i due modelli legali; *b* e *c* collimano, *a* e *d* traboccano di qua e di là; la deficienza di *b* o *c* cumula le due valutazioni negative rendendo l'atto illecito (nel senso debole del termine, sia o meno prevista una sanzione) e invalido; dove manchi soltanto *a*, è illecito-valido; mancando *d*, lo definiamo lecito-invalido.

Ogni possibile predicato giuridico discende da uno di questi due paradigmi o da entrambi. La «soggezione» è un potere visto dal lato di chi lo subisce: alcune sono irrimediabili; altre ammettono una o piú mosse difensive. Tipico il fenomeno dell'*exceptio*: Primus chiede la condanna di Secundus al pagamento d'un debito vecchio di dieci anni e un giorno, di cui nessuno aveva mai parlato; essendo la cosa pacifica in fatto, Secundus perde, a meno che eccepisca la prescrizione (art. 2938 del Codice civile). Abbiamo già visto come l'onere sia un concetto spurio: i giuristi vi hanno combinato un rilievo prospettico di tipo tautologico (poiché B dipende da A, finché A non sia avvenuto, non avverrà B) con una stima in chiave d'interessi (se a qualcuno preme B, si dia da fare su A); tale l'onere «perfetto» dove l'atto dell'onerato costituisce una condizione insostituibile dell'effetto vantaggioso; quando siano possibili piú serie causali equivalenti, inerzia o insuccesso dell'interessato sono compensabili da un colpo di fortuna; l'impugnazione del pubblico ministero giova all'imputato, la prova non addotta dalla parte può darsi che sia acquisita *ex officio*, e via seguitando.

Il segno della negazione applicato a «dovuto» genera «facoltativo», predicato d'un atto né imposto né vietato [Pugliese 1956, p. 449]. Le cosiddette norme permissive circoscrivono la sfera di validità d'un comando o d'un divieto, quando non contengano soltanto una ricognizione negativa, nel qual caso non sono norme ma enunciati sull'inesistenza di norme d'un dato contenuto (che vietino o impongano quell'atto). «È permesso tutto il non vietato» non sembra che sia una clausola degli ordinamenti chiusi, come suppone Wright [1963, p. 87]. Siamo davanti a una tautologia valida in ogni possibile ordinamento, inclusi quelli in cui non vige la regola «nullum crimen sine lege»: dovunque il giudice abbia scovato la norma – in un testo interpretato o esteso analogicamente, nei *mores*, nel *Volksgeist*, nella coscienza di classe, ecc. – la condanna implica un fatto penalmente illecito ossia tale che l'agente debba essere punito; «vietato» è la qualifica d'un atto che, se fosse compiuto, sarebbe illecito, preesista o no visibilmente il divieto; i non vietati né prescritti compongono la gamma del comportamento facoltativo. Superfluo dunque il postulato [Pugliese 1956, p. 458] d'una norma sottintesa qualificante leciti i comportamenti non vietati né imposti: in un testo legislativo tale dichiarazione non servirebbe nemmeno come misura pedagogica contro eventuali fraintendimenti o mosse prevaricanti dei giudici (talvolta viene utile una massima *tutior*: ad esempio, la legge permette esplicitamente una data condotta, affinché nessuno la qualifichi illecita a colpi d'analogia o contorsioni esegetiche; simili passi appartengono alla tipologia dell'interpretazione cosiddetta autentica).

Ovviamente diverso il meccanismo d'una norma che vieti ogni compor-

tamento non permesso. Il relativo sistema sta nei limiti del logicamente possibile, sebbene qualcuno sostenga di no [Wright 1963, p. 88]: dove l'atto *x* sia vietato, non essendo permesso, non consta che il divieto colpisca anche non-*x*, mancando una previsione permissiva; il divieto di *x*, infatti, consiste nell'imposizione d'un dovere negativo, né piú né meno; ora, la qualifica «dovuto» implica «lecito», alla stregua della medesima norma. L'omissione è un prodotto normativo: solo gli atti dovuti ammettono il participio «commesso»; ci vuole una norma che imponga d'agire. Stiamo postulando un'indeterminata gamma di divieti generati dal silenzio; la legge costruisce un'omissione in quanto prescriva una condotta positiva, ma questo legislatore usa solo formule permissive, infliggendo uno stigma a tutto ciò di cui non parla. Se permette *x* e tace su non-*x*, vietandolo, *x* costituisce oggetto d'un dovere. In tale sistema «permesso» equivale a «dovuto». La figura del comportamento facoltativo, nel senso che *x* e non-*x* siano egualmente leciti, qui presuppone un doppio permesso, della condotta positiva e del suo opposto. Nel libro V dell'*Etica Nicomachea* viene in scena qualcosa d'apparentemente simile a proposito della questione se sia o meno possibile un'ingiustizia contro se stessi: «sono giuste le cose prescritte... conformemente ad ogni virtú; ad esempio, la legge non comanda d'uccidersi e quel che non comanda, lo vieta» [1138a, 6 sg.]. Burnet traduce: «la legge vieta l'uccisione di tutto quanto non comanda d'uccidere; non essendo il suicidio espressamente escluso dalle pene del φόνος (omicidio), chi lo tenta vi incorre», ma quest'ipotesi presuppone che sia in gioco la qualificazione penalistica d'un caso non contemplato; poco dopo apprendiamo come la legge condanni chi «scanna se stesso» [1138a, 12 sgg.]. Cook Wilson congettura che il testo sia corrotto: in originale οὐκ ἔα, nel senso di 'proibisce'; una cattiva lettura disloca nella seconda parola l'ultima lettera della prima, οὐ κέαι, ma la seconda non significa niente, allora diventa κελεύει, e poiché οὐ κελεύει non significa 'proibisce', qualcuno raddrizza il senso interpolando ἃ δε μὴ κελεύει ἀπαγορεύει [Joachim 1951, p. 161].

In sede pratica un sistema dove la legge vieti non permettendo suscita delle difficoltà: se il meccanismo assiologico non dispone d'una immensa tela di permessi, assiduamente adeguata alle esigenze dei tempi, i sudditi sprofondano in un'immobilità stupefatta; forse cose simili avvengono nello stato morente di qualche minuscolo gruppo, ad esempio una conventicola monasticamente disciplinata di settari dediti al nichilismo contemplativo. Ecco come lo jus augurale [Catalano 1960, in specie pp. 21-31, 37-72, 124-49, 559 sgg.] previene la sindrome catatonica: nello sfondo vige una norma-matrice di quel tipo, senonché manca una tipologia dei contegni permessi; poiché nessuna fonte stabilisce in generale che siano leciti il guado d'un fiume o il transito nel *pomerium*, tali atti sarebbero vietati in un ordinamento statico in cui il giuridicamente qualificato non ammetta variazioni, con intuibili effetti d'atrofia sociale. Nell'India vedica bastano i sacrifici: chi li esegua bene conta su un effetto sicuro. A Roma l'esito delle cose dipende da un piano divino: questo spiega l'ambiguità di *augus*, tentativo d'influire sugli invisibili e tecnica diagnostica; *ójas* è «le plein de force», gli *augura* lo segnalano; la semiotica divina conta almeno quanto il sacrificio [Dumézil 1957, pp. 96 sgg.]. Tale giurisprudenza usa un metodo dinamico-casistico; in date occasioni il legittimato (augure o magistrato) pone la questione «si est fas»: ad esempio, «in hoc loco res publicas administrare», ovvero, quando sia in questione soltanto il *dies*, «hodie comitia populi habere» o «confligere cum hoste» o «functionem fieri coepere» o «oppidum condere»; segue un'operazione divinatoria su degli indizi rilevati e intesi secondo un canone diagnostico; molto importanti i «signa ex avibus», da cui *auspicatio*, «ab ave spicienda», nonché i «signa ex caelo»; può darsi che la diagnosi sia dubbia, come nel caso raccontato da Livio [X, 40, 9] di un'«altercatio inter pullarios orta de auspicio ejus diei», sul dare battaglia o meno. La risposta esce dall'indizio decifrato: *fas* l'affermativa, nel senso della liceità, *nefas* la negativa; le *aves* dal volo o canto fausto si chiamano *sinistrae*, spiega Festo [*De verborum significatu*, 339], in quanto tale auspicio «est sinistimum... id est quod sinat fieri»; negli scolî virgiliani di Servio [2, 693] «sinistrum... a sinendo dictum quantum ad auguria pertinet, quod nos agere aliquid sinat»; «Jove tonante fulgurante comitia populi habere nefas» [Cicerone, *De divinatione*, 2, 18, 42].

Pacifico il senso deontico di tali conclusioni sebbene sia occulto il meccanismo semiotico: «quae est igitur natura, quae volucris huc et illuc passim vagantis efficiat ut significent aliquid et tum vetent agere, tum jubeant aut cantu aut volatu» [*ibid.*, 38, 80]; i due verbi non escludono una situazione definibile come facoltativa; *nefas* equivale a *vetitum*, *fas* a *jussum* ma *jubeo* significa anche 'permisso'; in tal caso *fas* designa l'atto non vietato né imposto. C'è un secondo piano semantico: la radice indoeuropea *aug-*, visibile in *augurium*, *augustum*, *auctoritas*, evoca l'idea d'un accrescimento; i «loca religiosa» sono qualificati «augusta... ab auctu» [Svetonio, *Divus Augustus*, 7]; «cuius et augurium dependet origine verbi et quodcumque sua Juppiter auget ope» [Ovidio, *Fasti*, I, 609]. Qui affiora l'idea d'una «force sacrée germinative ou militaire» [Dumézil 1957, p. 99]. Il permesso ottenuto dal consultante genera euforia, come ogni predestinazione *in bonam partem*, dalla mistica paolina della grazia [ad esempio, nell'*Epistola ai Romani*, 5, 3-5] alle gesta dei cavalieri dai fianchi di ferro: sulle ali del pronostico fausto, l'interessato agisce come se l'esito fosse già acquisito; tale il legame psichico tra conclusione deontica e prospettiva di successo. Sta di fatto che l'impasto delle esperienze di *fas-nefas* contiene due modelli concettuali, dovere e onere. Dalla formula della consultazione «si datur... si prohibes» [Stazio, *Thebais*, 3, 491] il segno fausto emerge come un *licet*. Sull'altro piano una semiotica quantitativamente graduata, nel senso che qualcosa sia piú o meno *nefas*, sottintende una prognosi economica; Elio Donato [*In Hecyram*, 2] definisce cosí il senso di *vitium* e *calamitas* nel linguaggio augurale: «"vitium" est si tonet tantum, "vitium et calamitas" vero, si tonet et grandinet simul, vel etiam fulminet». Appena impallidisca lo sfondo religioso [importanti analisi di *religiosus*, *sacer*, *inauguratus* in Catalano 1960, pp. 158-86], l'onere eclissa il dovere.

I segni 'dovere', col suo negativo 'facoltà', e 'potere' dànno fondo al giuricamente predicabile. Le qualifiche 'lecito-illecito', nel senso forte dei due

aggettivi, implicano il seguente discorso: vi sono degli organi dello Stato i cui atti normativi chiamiamo «sanzioni»; qualche norma stabilisce che ne sia inflitta almeno una a chi commette x; nessuna norma ne commina a chi impedisca x. Soddisfatti tali requisiti, definiamo «illecita» la condotta in questione [Gallo 1951, pp. 134 sgg.]. Il terzo esclude i danni da atti leciti: secondo l'articolo 924 del Codice civile, ad esempio, il proprietario d'uno sciame d'api ha diritto d'inseguirlo sul fondo altrui, salvo il risarcimento dell'eventuale danno; la condotta dell'inseguitore è facoltativa e agisce illecitamente chiunque la impedisca (nel senso che i rispettivi enunciati siano indipendenti [Pugliese 1956, pp. 451 sgg.]).

4. *Il sistema.*

Piú norme compongono un sistema in quanto abbiano un identico capostipite. «Avere l'ascendente comune» è una relazione simmetrica e transitiva; chiamiamola R: se xRy, allora yRx; dati xRy e yRz, allora xRz. Possibile che tutti o alcuni i costituenti del sistema siano termini d'altre relazioni: «condividere il fine d'un regno di Dio in terra» è simmetrica-transitiva; san Tommaso ne introduce una asimmetrica-transitiva con la norma x_n derivata da x_{n-1}, «sicut conclusio ex principiis» o «determinatio quaedam aliquorum communium» [*Summa Theologiae*, 2^a-2^{ae}, q. 95, art. 2], fino a un x, «unum primum praeceptum», ammessa come condizione apodittica del discorso che «praecepta legis... hoc modo se habe(a)nt ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam» [*ibid.*, q. 94, art. 2]; «contenere la chiave interpretativa di...» è non-transitiva e non-simmetrica, essendo immaginabili dei casi in cui non risulti avverata nessuna delle due condizioni; «annullare...» è asimmetrica-intransitiva, e via seguitando.

«Avere l'ascendente comune» è una figura orizzontale scomponibile in tante verticali quanti sono i membri della classe: x, y, z, stanno nella relazione R, in quanto ciascuno stia nella relazione S con una quarta entità; chiamiamola m questa matrice; la formula x, y, z,... R m coglie la struttura minima d'ogni pensabile sistema normativo. Sono tanti quante le matrici, ognuno indipendente: dati due complessi normativi A e B, non indipendenti, il subordinato costituisce una sezione del dominante; quando siano coordinati, compongono il sistema C. Deonticamente è un assurdo l'ipotesi, ovvia sul piano storico, di piú ordinamenti, in quanto postula un ordinamento non esclusivo [Kelsen 1945, trad. it. pp. 414 sg.]: la valutazione normativa cade in una prospettiva monistica; ogni sistema pone se stesso come l'unico, relegando nell'indifferente tutto quanto non vi sia qualificato; nell'attimo in cui A ammetta come deonticamente rilevanti le qualifiche tratte da B, i due sistemi diventano uno [Cammarata 1926, pp. 138-44]. Ciò non esclude che i rispettivi apparati coesistano in qualche modo, dal conflitto violento alla tolleranza ringhiosa, su fino a benevola *nonchalance*, armonioso parallelismo o convergenza positiva. In un regime politico conforme ai gusti di Joseph de Maistre i quaresimalisti

spiegano come sia peccaminoso ogni rifiuto d'ossequio alle autorità, citando san Paolo [*Epistola ai Romani*, 13, 1-7]: «qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit»; chi lo fa «si tira addosso la condanna», non del giudice terreno, chiosa Calvino, «ac si dicere voluisset, in eos jure animadverti qui in potestatem insurgunt»; l'apostolo parla del castigo divino. Questo sermone non implica due sistemi, con le relative qualifiche deontiche. L'uomo sul pulpito espone il punto di vista dell'ordinamento divino: una la norma, una la valutazione; nel testo paolino, re, consiglio d'oligarchi, assemblee di popolo, consoli, podestà, giudici, balivi, boia e tirapiedi, agiscono in virtú d'un mandato celeste; «se fai il male, temila (l'autorità), perché non porta invano la spada essendo ministra di Dio e organo della sua collera sui malfattori». La norma x del sistema A, recepita in B, decade a fatto [Cammarata 1929, pp. 180 sgg.]; ad esempio, comando a qualcuno: «apri *La Chartreuse de Parme* alla tal pagina e fa' la prima delle cose che Fabrizio del Dongo impone a se stesso»; sono io che detto la norma, non Fabrizio del Dongo o Henri Beyle.

Pluralismo, *donné* e *construit*, stato germinale del diritto, *institution*, organicismo e simili, compongono i τόποι d'una massa verbale a livelli molto disuguali, dalla sociologia importante al vaniloquio. In sede formale l'ipotesi pluralistica sta al di qua del pensabile [Giugni 1960, pp. 57-91, a proposito del sindacato]. Possibili, naturalmente, delle esperienze polivalenti. Vediamole in un tale che sia cittadino d'una repubblica, suddito di Santa Madre Chiesa, adepto d'una conventicola; x, x_1, x_2, norme dislocate nei rispettivi sistemi, gli impongono date condotte e lui vive le tre situazioni come un continuum psichico: non legge cose nocive all'ordine, paga le decime, perseguita quelli a cui la congregazione ha imposto uno stigma; un uomo simile non se ne accorge ma se fosse meno compatto, saprebbe che i rispettivi doveri dipendono dalla sua qualità di suddito in tre ordinamenti nessuno dei quali implica gli altri (ammesso che quello Stato non prescriva un dato culto).

Il complesso dei fatti qualificabili in base alle norme d'un sistema costituisce la sfera in cui esso vige. Se dice «maiale» a Niger, Albus commette un'ingiuria, delitto perseguibile a querela dell'offeso secondo l'articolo 594 del Codice penale; quando lo dica di Niger in un colloquio a quattr'occhi con Luteus, il fatto è penalmente lecito (l'art. 595 del Codice penale esige, ai fini della diffamazione, che qualcuno comunichi con piú persone); se a Londra White dà del «pig» a Black, o a Berlino Weiss dice «Schwein» a Schwarz, l'articolo 594 non risulta applicabile in un senso né nell'altro; l'episodio rifiuta entrambe le qualifiche contraddittorie, lecito-illecito; secondo la legge italiana, cose simili cadono nella sfera del non giuridicamente qualificato.

4.1. Il criterio di validità.

La *reine Rechtslehre* (Merkl-Verdross-Kelsen nell'ordine in cui la prefazione ai secondi *Hauptprobleme* racconta la storia del concetto) propone una scienza genetica del diritto: su questo piano i pandettisti ne sapevano quanto i dottori di sei o sette secoli prima, anzi, in sede dinamica, il firmamento geo-

metrico di Christian Wolf o Daniel Nettelbladt segna un regresso non solo su Bartolo ma anche sui glossatori; nella prospettiva mistificata dei giusnaturalisti le norme vengono in scena come tanti teoremi. Dotati d'una forte sensibilità allo spazio, ignorano il tempo: selettivamente disattenti alle novità, sminuiscono a dato accidentale il fatto che un rivolgimento politico ogni tanto modifichi il quadro; la figura di fondo sfida il tempo come gli *Elementi* d'Euclide; il solo discorso possibile, in chiave di validità, investe i nessi interni del sistema da contenuto a contenuto; dati gli assiomi, tutto sta nel vedere se p, q, r, siano stati dedotti correttamente. A parte il difetto epistemologico, questa formula nasconde il grosso del fenomeno: ammesso che nel *locus* metastorico delle «verità giuridiche» ci siano fedecommesso, enfiteusi, vendita, furto, il compito del giurista finisce lí, nel *mos* pandettistico, in un enunciato ricognitivo; ovvio che dei fatti e atti influiscano sul gioco sociale; ad esempio, due stipulano una vendita, l'acquirente non paga tirando in ballo un vizio redibitorio, il venditore lo cita e il giudice sentenzia; cose simili appartengono al piano degli interessi avvocateschi; ai tempi dello *Juristenrecht*, gli specialisti svolgono un lavoro diagnostico d'altissima classe come consulenti delle parti o del tribunale, costituendo il repertorio fluviale dei *consilia*, ma come la massa delle fonti – frammenti del Digesto, articoli della Carolina, consuetudini, statuti, canoni, *ordonnances*, e ogni altro atto a efficacia normativa generale – diventi prassi di giudici, atto esecutivo sul patrimonio, lavoro di boia, è una questione non tanto misteriosa quanto ignorata. Il clima della scuola storica alleva metafore sul diritto-organismo. Da queste immagini discendono filoni, ciclicamente riattivati, di umida eloquenza. Fortunatamente, nel secondo decennio di questo secolo l'intelligenza secca di tre viennesi elabora una perfetta analisi del metabolismo giuridico.

Sequestro di persona e reclusione può darsi che siano indiscernibili sul piano dei fatti, ma *in jure* la differenza è molto netta: il primo corrisponde alla fattispecie d'un delitto (art. 605 del Codice penale), l'altra costituisce una delle pene comminate dalla legge in tema di delitti (art. 17 del Codice penale); incappa in sanzioni disciplinari e penali l'addetto alla prigione che non tenga reclusi i detenuti. Qualifichiamo dovuta tale condotta, quindi lecita, perché la prescrive una sentenza; chiamiamola n_4 questa norma speciale; n_4 vale in quanto sia stata emessa da un giudice investito di dati poteri; glieli ha conferiti il decreto legislativo n_3; se sia o meno valido, lo stabiliamo risalendo a n_2, una delega legislativa votata dalle Camere; il fondamento della validità di n_2 sta in n_1, ossia nelle norme sul meccanismo genetico delle leggi, siano o meno contenute in un testo; in Inghilterra «what the Queen in Parliament enacts is law», sebbene non lo dica nessuna fonte scritta; in Italia disponiamo d'un solenne documento, i cui articoli 70-77 disciplinano la materia. Quest'atto superlegislativo risulta promulgato il 27 dicembre 1947. Prima ne vigeva uno nato il 4 marzo 1848. Supponiamo che la conversione da proto-n_1 ad n_1 sia avvenuta in un modo giuridicamente qualificato, ossia secondo le regole dettate dal vecchio testo, uscito dalle mani d'un re non costituzionale.

Qui l'indagine anamnestica si biforca. Padre Luigi Taparelli d'Azeglio, insediato alla direzione di «Civiltà Cattolica» nel 1850, o Guglielmo Audisio, autore dei *Juris naturae et gentium privati et publici fundamenta*, usciti a Napoli nel 1853, rispondono a colpo sicuro deducendo la soluzione dagli «essentialia», dogmaticamente definiti, «ad legum humanarum vim»: in primo luogo, «ut ferantur a superiore, in quem a Deo, totius auctoritatis fonte, regendi et ligandi facultas conferatur»; infatti, «si unum est jus, una auctoritas, una regendi et ligandi vis in Deo existens, quis erit rector, quis legislator, nisi Deus fecerit?» [Audisio 1853, l. I, tit. 5, § 4, pp. 38 sg.]. Ammesso che valga, lo Statuto vale in quanto concesso da Carlo Alberto di Savoia-Carignano, investito da Dio, della «regendi et ligandi facultas», o meglio «potestas»; che jattura quel gesto: «in regimine repraesentativo scribendi loquendique temperantia est fere impossibilis... quae non minima est huius regiminis deformitas et infelicitas» [*ibid.*, tit. 13, p. 289]. Dal punto di vista reazionario, nessun dubbio: appena uno qualunque dei successori di Carlo Alberto revochi l'atto, torna tutto come ai bei tempi: Dio, «totius auctoritatis fons», ha investito il capostipite della dinastia sabauda; l'infausto Statuto non scalfisce il vecchio assetto normativo; dunque, chi l'ha concesso, essendo tuttora munito d'un potere assoluto, quando voglia lo revoca. Nei primi anni del regno di Vittorio Emanuele II lo pensano molti in casa cattolica; alla fine del secolo l'intransigenza della «Civiltà Cattolica» persuade di meno; dopo il patto Gentiloni, un cattolico prudente, educato sui testi di Guglielmo Audisio, verosimilmente risponde cosí al legittimista: «Carlo Alberto godeva d'una "regendi et ligandi facultas" ma l'ha ceduta, come uno che vende o doni qualcosa, e tali effetti non sono reversibili se non ad opera d'un mutuo consenso».

Gli analisti insensibili a suggestioni teologali, metafisiche o giusnaturalistiche, notano come gli ordinamenti siano strutture di questo mondo, composte da tanti fatti soggetti a un doppio impulso aggregante e dissolvente: ogni tanto uno va a picco e ne viene su un altro; la costanza di quelli che durano somiglia all'identità fisica degli individui, un effetto ottico; la cosa è un processo; sotto l'apparente immobilità brulica un movimento continuo. La questione sul fondamento dello Statuto «non ha senso», nel tono mortalmente conclusivo dei verdetti di *meaninglessness*, se i disputanti vi coinvolgono una «fons totius auctoritatis» e simili ectoplasmi: l'atto di Carlo Alberto, come ogni evento del mondo, appartiene a una smisurata tela causale; c'entrano la rivoluzione a Parigi, che sta contagiando le capitali, pressioni d'opinione, calcolo dinastico, reminiscenze del Trocadero e chi lo sa quale groviglio psichico; sta di fatto che, malgrado la catastrofe politico-militare, l'ordinamento costituzionale dura; se il successore l'avesse affossato con un colpo di mano, la monarchia *jure divino* avrebbe accumulato qualche altro anno di vita stentata. La questione su che cosa fondi un ordinamento, sensatamente discussa, finisce nell'indagine su dei fatti.

Consideriamo questa regola positiva sulla genesi del diritto nel singolo sistema. L'articolo 138 della Costituzione italiana disciplina un procedimento di revisione costituzionale: bisogna che le Camere deliberino due volte con un intervallo non minore di tre mesi e nel secondo voto la legge sia approva-

ta a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera; l'articolo 139 esclude come oggetto di revisione la forma repubblicana dello Stato. Tali norme non appartengono al piano delle altre contenute nel medesimo testo: chiamiamo N il livello genetico – *Stufe*, in lingua kelseniana – degli articoli 70-82 sul procedimento legislativo; l'articolo 138 sta a N+1, perché stabilisce come possano essere modificati; ma soggiace a questa possibilità anche la regola che disciplina il procedimento di revisione; dunque, l'articolo 138 è una norma riflessiva, ma non consta che generi dei paradossi. «Tutti i Cretesi mentono», detto da un Cretese, evade dallo spazio del verificabile o falsificabile, essendo l'enunciato vero se quel Cretese mente, falso se dice la verità. Il contenuto dell'articolo 138 riesce perfettamente intelligibile: quando le due Camere, nel modo ivi regolato, lo modifichino stabilendo che ai fini della revisione ci vogliano i due terzi dei voti, avviene qualcosa di simile alla metamorfosi della fenice; il vecchio articolo 136 consuma se stesso generandone uno nuovo, nel medesimo quadro costituzionale. In un esempio modellato sul quinto articolo della Costituzione degli Stati Uniti, Alf Ross nega, con una petizione di principio, che la nuova norma discenda dalla vecchia: «in tal caso sarebbe modificabile nel modo in cui è stata costituita» [1953, trad. ingl. p. 83]; ma è quel che simili meccanismi escludono. L'articolo 138 è indefinitamente modificabile, purché di volta in volta sia osservata la regola di trasformazione dettata nella formula costituente oggetto di revisione; solo contenuto immutabile, in base a tale previsione, la forma repubblicana dello Stato: se l'Italia ridiventasse una monarchia, l'attuale sistema costituzionale sarebbe rotto. L'interesse politico di questi fenomeni, molto notevole, sta nel fatto che vi sia coinvolto un sentimento di costanza degli istituti; qui coglie nel segno un rilievo di Ross sul residuo magico del gioco costituzionale: c'è un solo modo in cui sia dissolubile il «vincolo» intessuto nell'articolo 138.

Sappiamo cosa significa «principio di legittimità»: che una norma sia o meno legittima, dipende dal modo in cui viene al mondo; in ogni ordinamento vale una regola genetica, eventualmente trasformabile. Il congegno ha un solo punto debole, patisce l'umore degli utenti: anche il gioco del diritto dipende da una *inlusio*, definibile come «habit of obedience» [Austin 1885, pp. 220 sg.], *opinio juris ac necessitatis*, 'consenso', 'fedeltà' e tanti altri nomi, di suono piú o meno eufemistico secondo la misura di «fatto» sopportabile da chi parla; l'avvento in scena del guastafeste si chiama «rivoluzione». Un'acutissima indagine vi coglie il solo fatto al mondo non giuridicamente qualificabile: dal punto di vista del vecchio ordinamento è un delitto, ma stiamo postulando qualcosa che lo abbia dissolto; il nuovo non esiste ancora, se no il fenomeno convulsivo sarebbe già consumato, con l'immancabile affossamento delle frange insocievoli, utilissime nell'acme dell'esplosione centrifuga [Piovani 1953, pp. 92-112]. La rivoluzione come «ordinamento imperfetto, fluttuante, provvisorio» [Romano 1947, p. 224] è un effetto retrospettivo nel *visus* dello Stato che poi cresce dal tessuto ricomposto: dove il successo non la convalidi giuridicamente [Carnelutti 1951, p. 98], solo un curioso di sequenze causali alternative la definisce cosí, dal punto di vista d'una storia spettrale. Insomma,

ogni tanto la storia incappa in un vuoto giuridico: le qualificazioni sopravvengono a cose fatte; se l'eversione è stata miracolosamente riassorbita, lavorano i giudici del vecchio Stato; se ha preso piede, quegli stessi o degli altri sentenziano in nome del nuovo. «Effettività» significa: lo Stato, in quanto fatto perfettamente compiuto, qualifica se stesso [Piovani 1953, pp. 143-71]; l'*opus* alchimistico richiedeva un *lapis*, dell'*aqua permanens* o simili talismani; qui avviene tutto in un circolo.

«Das Prinzip der Legitimität ist durch das Prinzip der Effektivität eingeschränkt» [Kelsen 1960, p. 215]. Ogni *societas*, purché sia tale ossia esista, costituisce un fenomeno giuridico, indipendentemente dal fine: pirateria, «bene comune», brigantaggio, civiltà del sangue, superamento delle classi, fini ugualmente compatibili con una struttura sociale adeguata a quel tanto di complessità stabile alla cui soglia i fatti diventano un ordinamento; la diagnosi finalistica intorbida la questione, anche a causa dell'immagine che le comunità coltivano di se stesse. Il solo dato positivo consiste nella durata. I requisiti *a parte subjecti*, identificabili nell'idea d'un certo qual accordo, non qualificano il fatto da fuori, essendone uno degli elementi: senza tale connettivo l'istituzione finisce disarticolata dagli impulsi centrifughi; monarchi apparentemente potentissimi subivano uno squagliamento rovinoso di *mana* appena fosse sfumato il «consenso universale, mancato il quale la loro potenza stessa mancava o si contraeva in un gesto d'impotente comando, assai prossimo al ridicolo» [Croce 1908, ed. 1963 pp. 326 sg.]; anche il dominio terroristico di Hitler presuppone dei sudditi fedeli, almeno gli addetti alla macchina politica [Ross 1953, trad. ingl. p. 57]; *post factum* la gente proietta le colpe su alcuni individui, secondo un atavico cerimoniale catartico, ma «l'effettiva ingiustizia degli atti d'un governo» lievita organicamente, in un'opera collettiva, da «tante minutissime cause... gli atti ingiusti, molli, conniventi, immorali dei cittadini» [Rosmini, citato in Piovani 1953, p. 169].

Già i glossatori, malgrado il debole senso storico, avevano ridotto la fenomenologia della sovranità ai termini d'un fatto sociopsichico. Luogo classico di quest'analisi la questione se una legge sia abrogabile dalla desuetudine; un frammento del *Digesto* [1, 3, 32] risponde di sí ma Irnerio nota come sia mutato il contesto: «loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur»; passata la *potestas* all'imperatore, manca il presupposto dell'effetto abrogante [in Calasso 1945, p. 90]. Rogerio discute la questione dal punto di vista dell'efficacia d'una consuetudine incompatibile con la legge. Due i casi: il popolo sa o meno che esiste quella legge; nel primo, «cum populus legem sciens diu contra eam judicat, aut etiam rebus et factis sic utitur, quasi omnium tacito consensu perempta dicatur»; la legge soccombe a questo «judicium» degli utenti [in Kantorowicz 1938, p. 271]. In un racconto d'Odofredo [*Ad Digestum Vetus*, 2, 1, 3] «dominus imperator Enricus», andando a cavallo in compagnia di «dominus Azo et dominus Lotarius», esce in una domanda: «signori, dicatis mihi» a chi spetta la «potestas gladii» ossia il «dominatus mundi», nelle parole dello stesso aneddoto attribuito a Martino

e Bulgaro. Azzone risponde che «in legibus nostris dicitur quod alii judices habent gladii potestate, sed vos habetis per excellentiam», dove *judices* equivale a *universitates*, centri autonomi di potere politico; che la sovranità competa all'imperatore «per excellentiam», è appena un *lip-homage*; la frase seguente contrappone dei fatti al fantasma giuridico: «et tamen alii judices habent»; l'avversativo *tamen* e la battuta cruda sottolineano quanto poco valgano quei «regalia jura» [Calasso 1945, p. 101].

La formula giuridica del principio d'effettività nasce due secoli fa, dalla polemica anglo-francese sul riconoscimento dello Stato venuto su dalle ex colonie d'America [Verdross 1926, p. 129]. Le *Observations de la Cour de Versailles sur le Mémoire justificatif de la Cour de Londres*, pubblicate a Parigi nel 1778, usano un linguaggio crudelmente esatto: certo, l'Inghilterra disponeva d'un titolo legittimo ma bisogna provare «qu'une possession légitime ne saurait pas se perdre dans aucun cas», assunto disperato. «Comment aurait-il pu la concilier [cette preuve] avec les faits qu'offre l'histoire de Marie Stuart, celle de Charles I et de Jacques II, avec les lois qui assurent le trône d'Angleterre à la maison actuellement régnante?» Il fatto eversivo, seguito da un consolidamento, liquida ogni possesso legittimo: «il doit demeurer pour constant que quelque légitime, quelqu'ancienne et quelqu'avouée qu'ait été la possession de l'Angleterre à l'égard de ses anciennes colonies, elle a pu la perdre; qu'elle l'avait effectivement perdue le 4 juillet 1776 et qu'elle ne l'a pas point recouvrée depuis cette époque»; ogni disquisizione *in jure* cade davanti al fatto che «les colonies... aient établi leur indépendance, non seulement par un acte solemnel mais aussi par le fait, et qu'elle l'aient maintenue contre les efforts de leur mère patrie».

La rivoluzione è un polo del pensiero kelseniano. Nessuno l'aveva studiata con un interesse altrettanto acuto. «La distinction en *de facto* et *de jure*... n'a pas de sense», la solita cadenza istintivamente logico-positivistica, «du point de vue de la science juridique, parce que, de son point de vue, il ne peut exister que de faits juridiques...» Non è una tautologia basata sul fatto che l'universo chiuso del diritto sia composto dai soli fatti giuridicamente qualificati: «si, de ce point de vue, on affirme l'existence d'un Etat ou d'un gouvernement, ce ne peut pas être que l'affirmation d'un fait d'ordre juridique: il s'agit donc nécessairement d'un Etat ou d'un gouvernement *de jure*». Tutto quanto corrisponde stabilmente a una data struttura sociale cade nella sfera del giuridicamente rilevante: camorra, mafia, corti d'amore, regole monastiche, conventicole apocalittiche, quella «haute jurisprudence sociale» salottiera «qui, bien apprise et bien pratiquée, mène à tout» [Balzac, *Le père Goriot*, citato in Croce 1908, ed. 1963 p. 328], solo che esistano in quanto tali, costituiscono degli ordinamenti, non perché il fatto sprigioni un fluido mistico; 'ordinamento' significa soltanto un complesso disciplinato di rapporti dotati della potenza statica di quel che dura; una banda di ladri diventa «regnum», appena eserciti impunemente il suo governo ladresco su un dato territorio [Agostino, *De civitate Dei*, 4, 4]. La chiosa finale ribadisce l'identità: «en effet, on ne peut comprendre, juridiquement, que le droit; on ne peut, par suite, comprendre juridiquement un état de fait qu'en tant qu'élement d'une règle de droit, comme état de fait juridiquement qualifié» [Kelsen 1929, p. 620].

A prima vista stupisce quest'equazione in una teoria che usa il *Sollen* come un'idea indefinibile, kantianamente [Piovani 1953, pp. 47-56]. Ad esempio, Alf Ross aggredisce la dicotomia *reality-validity*: essendo la giurisprudenza uno studio del comportamento umano, «the legal phenomenon must be found within the field of psychology and sociology», ma, soggiunge eclettícamente, «our object in determining the concept of law is not to spirit away the normative ideas»; le intende «for what they are», il prodotto concettualmente mistificato di stati fisiopsichici; senonché, gli obietta Kelsen, validità d'una norma non significa «disinterested behaviour attitude» o «belief in authority»; cosí un dato psichico eventuale inghiotte il senso specificamente giuridico dell'avvenimento [1960, pp. 215-18, nota]. Solo il verbo modale 'dovere' definisce gli avvenimenti giuridici; «le norme sono il prodotto degli interessi d'una classe» riduce il diritto a economia; «la sanzione è l'atto la cui minaccia stimola i sudditi a ubbidire» lo descrive psicologicamente. Circoscritto il campo semantico, il giurista incappa in una questione di metodologia della conoscenza: se il fatto che incardina un dato sistema sia o meno definibile in lingua normativa. Ad esempio, gli eventi di Pietroburgo dal 25 al 26 ottobre 1917; il *clou* cade alle 2.10, quando gli Junkers asserragliati nel Palazzo d'Inverno cedono le armi: i giusnaturalisti della famiglia di Sir Robert Filmer o Guglielmo Audisio qui sostengono che Dio in quell'attimo abbia trasferito la *potestas* dal governo provvisorio ai Soviet, a titolo di giusta vessazione dei peccatori, un'ipotesi poco soddisfacente in sede gnoseologica. La stessa difficoltà in campo teologale appena un curioso si domanda come mai i comandi divini siano vincolanti; ovvia la risposta economica: «perché, essendo onnipotente, se non ubbidisci, ti infligge spaventosi castighi», ma quando anche rispondiamo nello stile dei mistici («perché il nome "Dio" designa l'abisso di tutte le perfezioni»), la questione resta insoluta; indipendentemente dal motivo dell'obbedienza, se voglio definire il mio *status* sul piano normativo, bisogna che anche l'arcifatto «Dio ha comandato la tal cosa» sia qualificabile in tale chiave.

Kelsen esce elegantemente dall'*impasse* ponendo un assioma che renda deonticamente intelligibile tutta la serie discendente; a un dipresso suona cosí: «è dovuta ogni condotta prescritta dagli organi competenti d'un ordinamento esistente, le cui norme cioè siano complessivamente efficaci». Si chiama *Grundnorm* tale postulato; non è una norma positiva; non la scoviamo nella natura delle cose o in un'illuminazione del sentimento o nei *dictamina* della ragione pratica; non c'entrano nemmeno coscienza di classe, spirito del popolo, disegno della storia; sta ai discorsi giuridici come l'indicativo alle formule descrittive; chiamiamola «funzione operativa» o «erkenntnistheoretische Antwort» a un bisogno definitorio formale [*ibid.*, pp. 204 sg.]. Engisch gli obietta che simili ipotesi rendono poco in sede pratica; la norma fondamentale va individuata nei fatti relativi al singolo sistema: ad esempio, «in Germania la fonte suprema da cui dipende ogni altra è il Reichskanzler nonché Führer» [1935, pp. 11 sg.]. Lui risponde: niente di piú facile dello stabilire nel caso sin-

golo quale sia la regola positiva sulla produzione giuridica; ai fini di tale indagine non serve una teoria della norma fondamentale; questo concetto viene utile quando sia in gioco (sul piano dell'analisi logica, non dei valori) il fondamento della costituzione positiva; si tratta d'un postulato teoretico, ovviamente, non d'un dato positivo [1960, p. 207, nota].

Qui cessa la materia del contendere, come dicono gli avvocati, in quanto il discorso ubbidisca a una data disciplina, ma qualche volta le parole volano incongrue: uno specialista di logica deontica obietta che se la norma fondamentale non fosse positiva, non lo sarebbero nemmeno quelle fondate su di essa; Kelsen replica pazientemente: «quest'argomento non coglie nel segno, perché la positività d'un sistema non dipende dalla norma fondamentale»; da tale premessa discende soltanto la validità d'un «ordinamento coattivo positivamente costituito e, nel complesso, efficace» [*ibid.*]. Quest'altro giuslogico lancia un dubbio allarmato: «forse, quando parla di sistemi contenuti da una singola norma, Kelsen intende che ognuno d'essi sia contenuto da una norma fondamentale non equivalente alla congiunzione delle norme che lo compongono?» No, gli risponde: «manifestamente, la norma fondamentale non equivale alla somma di quelle costituenti un sistema», né le contiene; è soltanto un espediente concettuale [*ibid.*, p. 201, nota]. Un americano lamenta il difetto di «legal axiology»: «Kelsen's theory does not tell the lawyer or the official what should be aimed at in creating new law»; lui, mansueto, gli spiega come tale sia il limite d'ogni indagine scientificamente seria; solo la frode metafisica mette in scena una massima gravida di tutti i contenuti del sistema [*ibid.*, p. 208, nota]. Hart annacqua piuttosto abilmente il kelsenismo, *ad usum Anglorum analitice philosophantium*, avarissimo di citazioni: in una nota [1961, pp. 245 sg.] ammette che la sua teoria d'una «rule of recognition» somigli «in some ways» alla kelseniana; la differenza, soggiunge, sta in alcuni «mayor respects»; seguono quattro argomenti. Tre coltivano un equivoco poco perdonabile insinuando che Kelsen sostituisca l'artificio teoretico della *Grundnorm* alla regola positiva sulla produzione giuridica nel singolo sistema (ad esempio, nel Regno Unito è legge «what the Queen enacts in Parliament»); il quarto coglie il difetto veniale, e sistematicamente irrilevante, d'una formula della *General Theory* [1945, trad. it. pp. 415 sg.] sul punto se sia o meno possibile, in sede logica, un conflitto di due norme, giuridica e morale, entrambe postulate valide; la risposta è ovviamente affermativa se l'aggettivo «valido» qualifica la norma costituita secondo il canone genetico d'un ordinamento efficace «im grossen und ganzen». Ogni modello assiologico pone se stesso come l'unico – di qui l'impossibilità d'un conflitto di norme pensate in quanto tali, non come sollecitazioni psichiche intese a condotte incompatibili – ma quando una sia giuridica e l'altra etica, ha poco senso dire che costituiscano un medesimo *Sollen* [*ibid.*, p. 415]. Stavolta è incappato in un filosofema; l'apparato kantiano ogni tanto gli complica superfluamente la linea del discorso; peccato che non disponga d'una filosofia meno paludata. In questa specie di stime vale la massima attribuita da Giovanni di Salisbury a Bernardo di Chartres: «dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos, gigantium humeris incidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine, aut eminentia corporis, sed quia in altum subvehimur et extollimur magnitudine gigantea» [*Metalogicon*, 3, 4, in Migne, *Patrologia latina*, CXCIX, col. 900].

4.2. Logica deontica.

In quanto fatto linguistico, il diritto soggiace a un vaglio logico. I suoi enunciati elementari (stiamo presupponendo che soddisfino i requisiti minimi d'un'emissione verbale sintatticamente disciplinata) predicano una qualità: il soggetto grammaticale è una condotta, effettiva o eventuale; i possibili predicati compongono un numero chiuso. Li abbiamo ridotti a due, relativi a un modello statico e a uno dinamico, designati dai verbi modali «dovere» e «potere». Gli atti che esercitano il secondo talvolta sono dovuti. Niente di paradossale nell'eventualità che uno cumuli due qualifiche, negativa e positiva (ad esempio, il legittimo-efficace): tale qualificazione multipla, apparentemente dissonante, discende da due norme le cui previsioni coincidono in parte; ai fini d'un atto conforme al dovuto, la legge richiede piú di quanto basti all'esercizio del potere; lo sfasamento dei modelli, molto comune, ubbidisce a un calcolo di politica legislativa.

Vale il solito canone d'economia: i giochi di segni servono a una costruzione gnoseologicamente utile; in pratica tutto sta nella scelta delle premesse giuste, essendo poi lo svolgimento elementarmente facile. Sulla scena del funambolismo combinatorio capitano strane cose. Ad esempio, qualcuno costruisce la tipologia delle qualifiche deontiche assumendo a concetto primitivo il «permesso», come se tale predicato precedesse il «dovuto». Simili mosse stanno sul piano della classificazione zoologica che Borges (*L'idioma analitico di John Wilkins*) cita dal dottor Franz Kuhn, il quale la attribuisce a un'enciclopedia cinese intitolata *Emporio celeste di conoscimenti benevoli*: animali appartenenti all'imperatore, imbalsamati, ammaestrati, maialini di latte, sirene, favolosi, cani randagi, nominati in quest'elenco, che si muove forsennatamente, innumerevoli, disegnati con un pennello finissimo di pelo di cammello, ecc.

La disgiunzione esclusiva «dovuto» - «non dovuto» investe l'intera gamma dello storicamente possibile (nella sfera di vigenza del singolo sistema) qualificando ogni avvenimento sotto uno dei due segni. Consideriamo i seguenti enunciati: *a*) se la norma N prescrive l'atto x, impossibile che x sia permesso da N; *b*) in tal caso x è lecito alla stregua di N; *c*) N permette tutto quanto non impone o vieta. Il primo esclude una doppia qualificazione simultanea dello stesso fatto, secondo la medesima norma, nel senso di «dovuto» e «non dovuto»; N esiste o non esiste, esclusa una terza via: anche le proposizioni deontiche ubbidiscono al principio d'identità. Il secondo enunciato esclude il cumulo delle qualifiche «dovuto» e «dovuto non», ossia un dovere positivo e uno omissivo aventi a oggetto la stessa condotta, secondo la medesima norma: altra questione dove ve ne sia piú d'una; nel nostro caso ognuna delle due qualifiche esclude l'altra non perché estendiamo alla lingua deontica il prin-

cipio di contraddizione, ma a causa del modo in cui abbiamo definito il vocabolo 'norma', come prescrizione d'una condotta positiva o, alternativamente, omissiva. Anche il terzo enunciato è analiticamente vero: data N, che ogni x non contemplato sia non dovuto, dipende dal principio d'identità; se quell'x fosse dovuto, N sarebbe diversa da come l'abbiamo postulata.

Nei limiti in cui vige un dato sistema, dunque, ogni fatto vi riceve una qualifica: non ne esistono d'adiafori; cade l'ipotesi d'un ordinamento incompleto. Qui non interessano le lacune tecniche da costruzione difettosa, ossia il fenomeno prenatale della norma incompiuta; supponiamo che un articolo del Codice penale penda tronco: «chiunque usi molestamente il rasoio di Ockham è punito con...» Forse è una norma in bianco: la legge stabilisce che il giudice infligga una pena qualunque; la sceglie lui; in circostanze simili, uno dalla loquela ventosa infierisce. Da noi sarebbe impossibile perché l'articolo 25, comma 2 della Costituzione e l'articolo 1 del Codice penale stabiliscono una riserva di legge anche *quoad poenam*. Quella battuta monca è una «norma lacunosa» nel senso stravagante in cui ogni tanto parliamo di cose inesistenti («gli ippogrifi che non vedete in questa stanza» e simili). Nell'uso tecnico 'lacuna' designa uno dei possibili esiti dell'indagine *in jure*: il giudice non ha trovato un testo applicabile al fatto; cosa capiti poi, dipende dalla regola di decisione. In Italia l'articolo 14 delle preleggi vieta l'analogia in materia penale: cade nel penalmente irrilevante ogni fatto non riconducibile a un testo, magari dilatato oltre la soglia del *casus legis* o previsione applicabile *in puncto*, come li chiamavano una volta. In sede civile l'articolo 12 impone delle tecniche analogiche: mancando «una precisa disposizione», il giudice applica quelle «che regolano casi simili o materie analoghe»; se «il caso rimane ancora dubbio», sentenzia «secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Le vie dell'*Urteilsfindung* sono piú o meno tortuose: nella prassi vigente fino alle codificazioni, davanti al «casus omissus», non qualificato in nessuna delle «leges loci» esplorate in senso ascendente, dal geopoliticamente particolare in su, fino allo *jus commune*, «recurrendum est» – o viene soltanto consentito il «recursus» – alla «lex alii loci», diritto canonico incluso, sebbene qui manchi un riferimento spaziale; se non basta, il giudice costruisce argomenti «a similibus ad similia», da un testo del *Corpus juris* o d'un dottore o d'una sentenza; infine, mancando ogni fondamento testuale, punta sulle «rationes» o argomenti verificabili secondo una sapienza obiettivamente comune, dal foro all'università, «sicché siano ragioni legali e non naturali solamente», avverte il cardinale Giovan Battista de Luca, autore del *Theatrum veritatis et justitiae* (1706), ma si capisce come una *ratiocinatio* piú o meno spavalda covi già sotto il lavorio induttivo *a similibus* [Gorla 1973, pp. 5 sgg., 10 sgg., 18 sgg. dell'estratto]. Prima o poi, insomma, il giudice conclude che il caso corrisponda o meno a un modello legale. Nella seconda eventualità qualcuno usa la parola 'lacuna' in un tono fra polemica e *wishful thinking*: che il Codice penale italiano non incrimini il dissenso, è una lacuna dal punto di vista del Sillabo (la 79ª eresia, condannata con allocuzione papale del 15 dicembre 1856,

consiste nel negare «che la civile libertà di qualsiasi culto e la piena potestà a tutti indistintamente concessa di manifestare, in pubblico e all'aperto, qualunque pensiero e opinione, influisca facilmente a corrompere i popoli, i costumi e gli animi, e a propagare la peste dell'indifferentismo»), nonché secondo la «teoria leninista della rivoluzione proletaria» come la espone *ex cathedra* Stalin in un corso all'università Sverdlov [1924, trad. it. pp. 23-37]. È un'astuzia retorica: dove attecchisce, la gente pensa che «il diritto» condanni la tal cosa, nel modo in cui la linguistica propone o smentisce un'etimologia; tolta di mezzo l'inflessione abusivamente ideologica, la conclusione suona cosí: «x è penalmente lecito». Quando la domanda non risulta fondata in alcuna norma, «reus absolvitur». «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia» (art. 4 del Codice napoleonico, testo italiano).

Nei limiti di vigenza d'un qualsivoglia ordinamento, non esiste dunque il giuridicamente inqualificabile, nemmeno davanti a una regola sul tipo di quella dettata nell'articolo 1 del Codice civile svizzero: «à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établierait s'il avait à faire acte de législateur». Qualcosa di simile avviene anche da noi quando le parti, in una causa su diritti disponibili, chiedano concordemente una decisione «secondo equità» (art. 114 del Codice di procedura penale). L'indagine dottrinale su quest'affascinante istituto muove da una premessa negativa: il giudizio equitativo non nega mai una norma positiva; un contratto valido, ad esempio, non decade mai a episodio giuridicamente sterile; l'equità «mitiga» soltanto gli effetti giuridici d'un avvenimento, ferma la qualifica *in jure* [Nasi 1966, pp. 127-44]. Ma anche il caso di cui stiamo parlando cade nella logica equitativa, anzi ne costituisce un tema archetipico: secondo le norme vigenti, la domanda di Primus va respinta in quanto i fatti non corrispondono ad alcuna fattispecie; ad esempio, sostiene che Secundus sia obbligato perché ha taciuto, sebbene il caso non sia inquadrabile in nessuno degli equivalenti normativi del consenso [Sacco 1975, pp. 50-67]; il giudice d'equità stabilisce paralegislativamente se quel dato silenzio equivalga, dal punto di vista degli effetti, a un consenso manifestato. L'estensione della tutela giuridica a casi non contemplati segna una linea classica di giurisprudenza evolutiva, dall'editto del pretore alla Court of Conscience. Intesa alla lettera, la formula «défaut d'une disposition légale applicable» contempla un impossibile, essendo sempre applicabile il diritto positivo; intendiamola nel senso di: «fatto non previsto da alcuna norma e quindi tale che, se qualcuno lo invocasse quale antecedente d'un effetto giuridico, la domanda incapperebbe in una decisione negativa»; l'articolo 1 del Codice civile svizzero introduce una variante in tale situazione. Kelsen spiega sottilmente l'uso di questa *Fiktion* d'uno spazio obiettivamente vuoto: siamo davanti a un espediente psicagogico; la legge investe il giudice d'un potere paralegislativo raccomandandogliene un uso parsimonioso, solo quando sia congetturabile che il legislatore, se il caso gli fosse passato sotto gli occhi, l'avrebbe disciplinato cosí [1960, pp. 251 sg.]; la finzione riduce il varco tra «les règles

qu'il établierait s'il avait à faire acte de législateur» e l'«analogia juris» come la definisce l'articolo 12 delle preleggi (incluso il ricorso ai «principî generali»).

Se N prescrive x, è impossibile, alla stregua di N, che non-x sia facoltativo o addirittura dovuto. Ma supponiamo che le norme siano N_1 e N_2. Sorge la questione se sia logicamente possibile che N_1 prescriva x, e N_2 non-x. Nella *General Theory* Kelsen lo nega categoricamente sul presupposto che la qualità deontica o meno d'un predicato non conti a questi fini: il principio di contraddizione vale tanto rispetto agli enunciati di fatto quanto ai normativi [1945, trad. it. p. 415]. Nella seconda *Reine Rechtslehre* affiora un dubbio: principio di contraddizione e regole d'inferenza valgono anche qui ma come, se le norme rifiutano le qualifiche «vero» e «falso»? La conclusione affermativa discende da un gioco di simmetrie: una norma non è vera né falsa, l'enunciato che la descrive sí; due norme si contraddicono, e bisogna che una sia falsa, ogniqualvolta siano contraddittori gli enunciati che le descrivono [1960, p. 77]. Che a ottant'anni passati abbia ritrattato quest'opinione, apparentemente ovvia, costituisce il sintomo d'un acume autocritico assai poco comune. In un primo tempo affronta la questione incidentalmente, a proposito del fenomeno abrogativo: date due proposizioni contraddittorie, una è falsa dall'origine; un conflitto di norme, invece, esiste in quanto valgano entrambe; valide le due norme, veri gli enunciati che le affermano tali; «dunque un conflitto di norme non è una contraddizione e non può nemmeno essere paragonato a tale figura» [1962, p. 351]. Non lo persuade piú l'espediente con cui, costruite due coppie simmetriche, proiettava una relazione della prima sulla seconda. Tre anni dopo rovescia l'assunto della *Reine Rechtslehre*: agli enunciati normativi non sono applicabili né principio di contraddizione né regola d'inferenza; va in fumo quel «normativer Syllogismus» su cui fondava la deduzione della «norma individuale» «aus der Geltung einer generellen» [1965].

Ecco i termini della questione. «S è P» e «S è non-P», dove la prima lettera designa un soggetto e la seconda un predicato, evocano una contraddizione. A prima vista, lo status logico dei rispettivi enunciati nonché del rapporto in cui stanno sembra indipendente dai possibili valori del simbolo P: decido o stipulo che P significhi «giallo»; sostituito a P nelle due frasi, «giallo» le investe d'un senso rendendole empiricamente verificabili o falsificabili; che una delle due sia falsa, risulta dall'esperienza banale. Secondo una diffusa opinione, di solito covata al livello subcritico delle idee non bisognose d'analisi, l'esito logico non cambia se a P sostituiamo «dovuto», purché la sostituzione sia correttamente eseguita in entrambi i luoghi. Il difetto di questa conclusione sta nelle premesse insufficienti: prima stabiliamo se lingua e logica corrispondano; «il viso dell'itterico è giallo» e «la sentenza è dovuta» suonano come frasi soggetto-predicato, ma già la grammatica insinua il dubbio che «dovuto», participio d'un verbo, sia un aggettivo spurio, infatti chi ascolta capisce meglio se gli dico: «il giudice deve emettere la sentenza». Sebbene «è falso che il giudice debba» neghi «il giudice deve», ogni conclusione sulla struttura logica va sospesa finché non sia chiaro il valore semantico dell'enunciato. A titolo d'esperimento collochiamolo nella metafisica di Ralph Cudworth:

«nemmeno l'Onnipotente in persona, nominato con rispetto, può rendere bianca o nera una cosa senza la qualità del bianco o del nero, con un atto di pura volontà», essendo «manifestamente contraddittorio che una cosa sia ciò che non è»; «every thing must be necessarily and immutably determined by its own nature»; impossibile che qualcosa sia «at pleasure» giusto o ingiusto, «for an arbitrarious essence is a being without a nature, a contradiction, and therefore a nonentity» [in Prior 1949, p. 14]. Se «dovuto» designasse una qualità obiettiva, uno di quei due enunciati sarebbe falso.

In sede giuridica l'affermazione che una data condotta sia simultaneamente dovuta e non dovuta acquista un senso distinto nel linguaggio dottrinale e nel legislativo. «Nel tal ordinamento N_1 prescrive x e N_2 non-x» è un enunciato descrittivo: può darsi che sia falso, se il sistema in questione non contiene N_1 e N_2; in ogni caso, non costituisce una contraddizione piú di quanto lo sia «Abelardo e Guglielmo di Champeaux sostengono l'opposto a proposito di universali»: «quel codice contiene N_1 e N_2» è un fatto asserito; poi vediamo se «das Bild stimmt mit der Wirklichkeit überein oder nicht»; dall'esito di tale confronto dipende che la figura sia vera o falsa [Wittgenstein 1922, 2.21]. Supponiamola vera: un codice contiene i testi N_1 e N_2; alla stregua di essi l'atto x risulta dovuto e non dovuto. Non ha senso dire che uno dei due sia falso [Aristotele, *Dell'espressione*, 17a, 1, con un esempio in tema di preghiera]. Stiamo discutendo delle questioni giuridiche di validità. Sul piano pratico niente impedisce un'esecuzione congiunta degli atti coattivi a cui sono intese le rispettive norme: ammesso che x e non-x siano puniti ciascuno con un mese di reclusione, ogni suddito sconta due mesi, in quanto esista un infallibile apparato di repressione. Già qui risulta come le qualifiche «vero» - «falso» non siano trasponibili in «valido» - «invalido»: l'efficacia cogente delle regole formali sulla trasformazione degli enunciati dipende dall'impossibilità d'un pensiero illogico [Wittgenstein 1922, 3.03 sgg.]; la formula «poiché tutti i diavoli incubi fecondano le donne di cui visitano il letto, ad alcuni di essi manca la *potentia generandi*» consiste in un'emissione verbale suicida; in quanto la seconda frase nega la prima (in lingua aristotelica sono una proposizione universale affermativa e una particolare negativa, due opposti), sicché la conoscenza degli ascoltatori non progredisce nemmeno d'un passo quanto a genetica diabolica; l'operazione fonica o grafica finisce in un niente di fatto; due norme «contraddittorie», invece, essendo dei fatti, modificano il mondo.

Ciò non toglie che sia una situazione patologica. Nella teoria degli *status legales* i retori la discutevano sotto il titolo ἀντινομία o «contrariae leges»: «ex contrariis legibus controversia constat, cum alia lex jubet aut permittit, alia vetat quippiam fieri» [*Rhetorica ad Herennium*, 1, 11, 20] «tum legi lex contraria adfertur» [Cicerone, *Topica*, 25, 96]. Fedele al solito modello sperimentale-asistematico, l'analisi retorica muove dalla doppia premessa che la difficoltà vada superata in qualche modo ma non vi sia una regola meccanicamente applicabile: l'antinomia costituisce un campo di polivalenza; sarebbe uno pseudoconflitto di norme se fosse risolubile in sede formale, come davanti

a due massime apofantiche ossia dichiarative, soggette quindi a un vaglio di verità; l'indagine procede a tentativi secondo vari punti di vista: qualità politica delle rispettive leggi, posizione nel tempo, effetti piú o meno intensi, *genus-species* [Stroux 1926, trad. it. pp. 669 sg.].

L'articolo 15 delle preleggi codifica una di queste regole operative contemplando come abrogazione implicita il caso in cui le nuove norme siano incompatibili con le precedenti o disciplinino «l'intera materia già regolata dalla legge anteriore». Tale previsione limita l'eventualità d'un autentico conflitto ai contenuti del medesimo testo legislativo, in quanto non sia esperibile il criterio della specialità (art. 15 del Codice penale). Simili aporie esigono un intervento legislativo. Analogo il problema quando un giudice violi la *res judicata*: nemmeno qui la contraddizione è trasponibile in invalidità originaria d'una delle decisioni; valgono tutt'e due, finché una sia annullata, e se nel processo civile cade la seconda (art. 395, n. 5), in materia penale la scelta ubbidisce al *favor rei* (art. 579 del Codice di procedura penale). L'assunto che di due norme «contraddittorie» una non esista, incappa nel vizio dell'argomento ontologico: a colpi di tautologie sant'Anselmo «prova» un non-fatto; qui un fatto c'è e il loico lo liquida con la medesima tecnica illusoria.

4.3. Il sistema e gli uomini.

Nel meccanismo di produzione giuridica che l'Europa evoluta sviluppa dal XII secolo, sotto lo stimolo della rinascita romanistica, vengono in primo piano i dottori; archeologi di fonti, nel senso d'un disseppellimento intellettuale, vi intessono un lavorio tendenzialmente infinito di glossa, summa, commento; questa proliferazione metalinguistica sul testo media il consumo del diritto nella prassi; chiosando il *Codex* [4, 10, 6], Raffaele Fulgosio tramanda una battuta polemica di Cino da Pistoia: «sicut antiqui adorabant idola pro deis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis». Koschaker chiama «Juristenrecht» il monopolio professionale della produzione giuridica [1947, trad. it. pp. 287-359]. Gli addestrati compongono un ambiente socialmente omogeneo; il fondo borghese traspare dal modo puntiglioso in cui lo stesso Cino rivendica una *nobilitas propter scientiam*, piú importante di quella *ex genere*; da un testo del *Codex* [12, 15, 1] Bartolo conclude che il «doctor legens» usucapisca in vent'anni il titolo di conte; sul presupposto d'una nobiltà acquisita «ex professione», Jacopo da Belviso lo proclama [*Practica criminalis*, 3, 4, 2] immune da tortura. In politica la matrice borghese impone una scelta filomonarchica-antifeudale. Cospicuo il livello dei redditi: negli anni del giovane Lutero, un giurista cattedratico a Wittenberg guadagna in media da 250 a 300 fiorini l'anno; nel medesimo periodo il mantenimento annuo d'uno studente costa sugli otto fiorini [Stintzing 1880, p. 266]. Uniforme l'educazione, basata sulle tecniche della concettuologia romanistica, Inghilterra esclusa, anche dove vale un diritto indigeno (la *coutume* di Parigi), sullo sfondo d'un tirocinio grammatico-retorico-dialettico; negli Inns inglesi lo studente impara anche «music, dancing and other Noblemen's pastimes» [Maitland 1901, p. 7].

La strategia d'accentramento attuata dalle monarchie nazionali punta sui professionisti del diritto: dalla *curia regis* nasce un sistema giudiziario a quadri tecnici; in Francia già nel Trecento il re nomina a tempo indeterminato dei «conseillers en sa cour de parlement»; due secoli dopo diventano inamovibili; la qualità ereditaria e alienabile consolida l'ufficio in mano a una borghesia tanto agiata quanto intellettualmente attiva. L'ideologia giansenista cresce dai risentimenti della *noblesse de robe* colpita da una politica della Corona ostile alle *Cour souveraines* [Goldmann 1955, pp. 115-56]; Antoine Arnauld, padre dell'omonimo «le Grand», è uno strenuo legalista avvocato al Parlamento; sua moglie Catherine Marion, figlia d'un avvocato generale; Etienne Pascal, padre di Blaise, è magistrato alla Cour des Aides.

Stabilmente accentrata la funzione giurisdizionale, l'autorità dei tribunali eclissa quella dei dottori: il complesso dei precedenti giudiziari diventa «la giurisprudenza» *tout court* [una storia semantica del vocabolo in Gorla 1969*b*, pp. 498-503]. Anche in Italia, dove i *consilia sapientis* dettavano la politica decisoria, l'avvento dei «grandi Tribunali» – i Senati di Piemonte e Savoia, le Rote toscane, la Rota romana, il Sacro Regio Consiglio di Napoli – segna un riflusso delle fonti dottrinali; nelle costituzioni piemontesi del 1729 una norma le mette al bando: «volendo Noi, che per la decisione delle Cause si osservino unicamente in primo luogo le nostre Costituzioni; in secondo luogo gli Statuti Locali, purché sieno approvati da Noi, o da nostri Reali Predecessori, e si ritrovino in osservanza; terzo le Decisioni de' nostri Magistrati; ed in ultimo luogo il Testo della Legge comune, cosí proibiamo agli Avvocati di citare nelle loro Allegazioni veruno de' Dottori nelle materie Legali, ed a' Giudici tanto Supremi, che Inferiori, di deferire all'opinione di essi, sotto pena tanto contro detti Giudici, che Avvocati della sospensione da' loro uffizj, fino a che ne abbiano da Noi riportata la grazia» [l. III, tit. XXII, art. 15, nel testo del 1770]. Ma già nel Cinquecento i *consilia* sono un genere condannato: lo scredita l'impudente venalità delle conclusioni; alla fine muore d'elefantiasi, gonfiato dalla stampa [Calasso 1954, pp. 592 sg.]. Nel *judge made law* contano molto i precedenti: l'*arrêt de règlement* dei Parlamenti francesi è un atto materialmente legislativo applicabile a un'indefinita moltitudine di casi; in Piemonte vale come legge anche una singola decisione dei Senati, al terzo posto nella gerarchia di fonti stabilita dalle predette Costituzioni, dopo leggi del re e statuti locali [Gorla 1969*c*, pp. 7 sgg., 18 sgg., 23 sgg. dell'estratto]. In Italia i «grandi Tribunali» agiscono in sintonia col sovrano. A Parigi le due istanze sono in conflitto permanente. Ognuna usurpa qualcosa all'altra: il re viola sistematicamente l'ordine delle competenze avocando ai suoi «commissari» ogni causa che lo interessi; i giudici del Parlamento interloquiscono in affari di governo o negano la «registration» alle leggi (un paleo-controllo di costituzionalità) fabbricando degli stalli da cui il re esce con il colpo di forza d'un «lit de justice»; «ce pouvoir si génant, si compromettant, si bruyant», lavora a vuoto; «ce n'est qu'à force d'arbitraire et de folie que la royauté parvenait à obscurcir aux yeux du peuple la vue de vices du parlement comme corps politique, et à rendre cette cour populaire» [Tocqueville 1856, pp. 363

sgg.]. L'autorità del precedente implica laboriose tecniche selettive, quanto alla massima (la *ratio decidendi* va enucleata dagli eventuali *obiter dicta*) e al rapporto dei rispettivi casi; questo offre al giudice molte vie d'evasione: solo che colga una differenza nei fatti rilevanti delle due cause, il vincolo sfuma.

L'ambiente lo sente pericoloso un giudice troppo potente e anche stavolta il punto di vista borghese-progressivo coincide con l'interesse del re: il bisogno di certezza ispira una diffusa domanda di norme codificate; tanto l'ideologia quanto il modello tecnico di codici e *référé legislatif* nascono in pieno assolutismo illuminato, passando tali e quali al nuovo regime. A Napoli nel 1774 un dispaccio di Ferdinando IV impone delle pastoie: «quando... si abbia a ricorrere alla interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice in maniera, che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. E quando il caso sia nuovo, o talmente dubbio che non possa decidersi con la legge, né con l'argomento della legge, allora vuole il Re che si riferisca alla maestà sua per ottenere il sovrano oracolo». In Prussia nel 1780 un Kabinettsordre di Federico II affida ogni questione nel senso della legge alla Commissione legislativa.

Caduto il *référé*, l'articolo 5 del Codice napoleonico confina l'effetto vincolante della sentenza al caso deciso, escludendo l'*arrêt de règlement*; il testo italiano dispone: «è proibito ai giudici di pronunziare in via di disposizione generale o di regolamento...» «Dans un Etat qui a une constitution, une législation la jurisprudence n'est autre chose que la loi; alors il y a identité de jurisprudence», aveva proclamato Robespierre all'Assemblea Costituente il 18 novembre 1790. Da allora si finge che il giudice trovi la soluzione nella legge, anche quando manca un testo: in tali casi la teoria delle fonti postula un'autointegrazione dell'ordinamento. Lo spettatore disincantato vede come i giudici producano diritto. Finché il prodotto corrisponde alla politica del gruppo dominante o almeno non la disturba, la finzione tiene. Ad esempio, negli anni '30 la Corte di cassazione allenta la linea spietatamente reazionaria del Codice di procedura penale, inventando degli espedienti utili alla difesa. Negli anni '50 reagisce male a una tardiva riforma legislativa di segno timidamente liberale, escludendo dall'istruzione sommaria le garanzie che il codice del 1913 accordava agli imputati, rinnegate da quello del 1930. In entrambi i casi ha esercitato un potere paralegislativo. In Italia i giudici sono reclutati con un concorso pubblico: questo meccanismo proietta nella magistratura la mappa politica del paese; ovvio che la matrice ideologica affiori negli spazi vuoti delle formule legislative. È sempre avvenuto ma nessuno se ne stupiva perché le conclusioni stavano nel campo, piú o meno articolato, dell'opinione ortodossa. Nel dissenso il fenomeno diventa acuto. Un oracolo forcaiolo, gonfio di vento, ulula allo scandalo, «quel giudice cambia le carte in tavola», e invoca pene esemplari: impossibile «che, attraverso i suoi giudici, di qualunque rango, lo Stato venga sovvertito e rovesciato». È un sintomo importante anche la stupidità apocalittica. L'attuale prassi giuridica italiana compone un quadro piuttosto attraente, dal punto di vista cinico degli interessi speculativi, pieno di tendenze selvagge, passioni labili, stati nascenti e morenti. [F. C.].

Arangio-Ruiz, V.
1934 *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in «Il Foro italiano», LVII, parte IV.

Arquillière, H.-X.
1934 *L'augustinisme politique. Essai sur la formation des théories politiques du Moyen-Age*, Vrin, Paris 1955².

Ascarelli, T.
1957 *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in «Rivista di diritto processuale», XII, pp. 349-63.
1958 *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, *ibid.*, XIII, pp. 14-22.

Audisio, G.
1853 *Juris naturae et gentium privati et publici fundamenta*, Dura, Napoli.

Auerbach, E.
1944 *Neue Dantestudien*, in «Istanbuler Schriften», n. 5, Istanbul (trad. it. in *Studi su Dante*, Feltrinelli, Milano 1974⁴).

Austin, J.
1832 *The Province of Jurisprudence Determined*, London; ed. a cura di H. L. A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, London 1954.
1885 *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London; ed. a cura di R. Campbell, Murray, London 1885⁵.

Austin, S.
1861 Prefazione a Austin 1832; ora in Austin 1885, pp. 1-25.

Boehm, E.
1942 *Das Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozess in Barockzeitalter*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», LXI.

Breton, A.
1977 *L'arrêt de la Cour de Cassation*, in «Il Foro italiano», C.

Calasso, F.
1945 *I glossatori e la teoria della sovranità*, Giuffrè, Milano 1957³.
1954 *Medio Evo del Diritto*, I. *Le fonti*, Giuffrè, Milano.

Cammarata, A. E.
1925 *Contributi a una critica gnoseologica della Giurisprudenza*, in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Cappelli, Bologna 1962, pp. 1-117.
1926 *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*, *ibid.*, pp. 121-44.
1929 *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, *ibid.*, pp. 160-90.
1930 *La positività del diritto e il valore «pratico» della norma di condotta*, *ibid.*, pp. 193-205.
1932 *Sulla c. d. coattività delle norme giuridiche*, *ibid.*, pp. 209-23.
1936 *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, *ibid.*, pp. 227-95.

Carlyle, R. W., e Carlyle, A. J.
1903-36 *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, 2 voll., Blackwood, Edinburgh-London (trad. it. Laterza, Bari 1956).

Carnelutti, F.
1951 *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del «Foro italiano», Roma 1951³.
1958 *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in «Rivista di diritto processuale», XIII, pp. 22-26.

Catalano, P.
1960 *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Giappichelli, Torino.

Chomsky, N.
1965 *Aspects of the Theory of Syntax*, Mit Press, Cambridge Mass. (trad. it. in *Saggi linguistici*, vol. II, Boringhieri, Torino 1970).

Coing, H.
1954 *Die Anwendung des Corpus Juris in den Consilien des Bartolus*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Giuffrè, Milano, pp. 71-97.

Conquest, R.
1968 *The Great Terror*, Macmillan, London; ed. Penguin Books, Harmondsworth 1971.
Cordero, F.
1956 *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino.
1967 *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano.
1972 *L'Epistola ai Romani. Antropologia del cristianesimo paolino*, Einaudi, Torino.
1974 *Contributo all'analisi del rito esecratorio*, in A. Verdiglione (a cura di), *Follia e società segregativa*, Feltrinelli, Milano, pp. 124-64.
Cornford, F. M.
1912 *From Religion to Philosophy. A Study in the Origins of Western Speculation*, Arnold, London; ed. Harper, New York and Evanston 1957.
Cotta, S.
1955 *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di san Tommaso d'Aquino*, Giappichelli, Torino.
1960 *La città politica di sant'Agostino*, Comunità, Milano.
Croce, B.
1908 *Filosofia della pratica*, Laterza, Bari 1963[8].
Danby, H.
1933 (a cura di) *The Mishnah*, Clarendon Press, Oxford.
Devoto, L.
1958 *Scritti minori*, Le Monnier, Firenze.
1966 *Rudolf Jhering e il diritto indeuropeo*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Olschki, Firenze, pp. 117-27.
Diels, H., e Kranz, W.
1951 (a cura di) *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Weidemann, Berlin 1951[6] (trad. it. Laterza, Bari 1969).
Dodds, E. R.
1965 *Pagan and Christian in an Age of Anxiety*, Cambridge University Press, London (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1970).
Dumézil, G.
1957 *Remarques sur augur, augustus*, in «Revue des Etudes Latines», XXXV, pp. 126-51; ora in *Idées romaines*, Gallimard, Paris 1969, pp. 80-102.
Edel, A.
1963 *Method in Ethical Theory*, Routledge and Kegan Paul, London.
Engels, F.
1875 Lettera ad August Bebel, 18-28 marzo, in Marx 1875.
1878 *Herrn Eug. Dühring's Umwälzung der Wissenschaft. Politische Œkonomie. Sozialismus*, Genossenschafts-Buchdruckerei, Leipzig; ed. Dietz, Berlin 1960.
Engisch, K.
1935 *Die Einheit der Rechtsordnung*, Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg.
Ewing, A. C.
1962 *Ethics*, Collier Books, New York.
Fassò, G.
1964 *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna.
Figgis, J. N.
1907 *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge University Press, Cambridge; ed. Harper, New York 1960.
Filmer, R.
1680 *Patriarcha; or the Natural Power of Kings*, London (trad. it. in J. Locke, *Due trattati sul governo*, Utet, Torino 1948, pp. 449-553).
Foucault, M.
1975 *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1976).
Freud, S.
1912-13 *Totem und Tabu*, Heller, Leipzig und Wien 1913 (trad. it. in *Opere*, vol. VII, Boringhieri, Torino 1975, pp. 7-164).

Freud, S.
1923 *Das Ich und das Es*, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Leipzig-Wien-Zürich (trad. it. in *Opere*, vol. IX, Boringhieri, Torino 1977).
1924 *Das ökonomische Problem des Masochismus*, in «Internationale Zeitschrift für ärztliche Psychoanalyse», X, 2, pp. 121-33; ora in *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, Hogart, London 1953-74, XIX, pp. 159-70.
1929 *Das Unbehagen in der Kultur*, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Leipzig-Wien-Zürich 1930 (trad. it. Boringhieri, Torino 1975[2]).
Gallo, M.
1950 *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano.
1951 *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano.
1952 *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Giuffrè, Milano.
1956 *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c. p., e un problema di efficacia delle pronuncie di rigetto*, in «Rivista italiana di diritto penale», pp. 455-69.
Giannini, M. S.
1956 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in «Giurisprudenza costituzionale», pp. 902-28.
Giugni, G.
1960 *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano 1960.
Giuliani, A.
1966 *La controversia*, in «Pubblicazioni dell'Università di Pavia», vol. XXXIX, pp. 81-216.
Gobry, I.
1962 *Le modèle en morale*, Presses Universitaires de France, Paris.
Goldmann, L.
1955 *Le dieu caché*, Gallimard, Paris (trad. it. Laterza, Bari 1971).
Goldschmidt, J.
1925 *Der Prozess als Rechtslage*, in *Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät*, Springer, Berlin; ristampa Scientia, Aalen 1962.
Gorla, G.
1969*a* *I precedenti storici dell'art. 12, disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in «Il Foro italiano», CIXII; ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova 1973.
1969*b* «Giurisprudenza», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano.
1969*c* *I «Grandi Tribunali» italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in «Il Foro italiano», CXCII.
1973 *Il ricorso alla legge di un «luogo più vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in «Il Foro italiano», CIXVI.
Greene, W. C.
1944 *Moira, Fate, Good, and Evil in Greek Thought*, Harvard University Press, Cambridge Mass.; ed. Harper, New York 1963.
Grosso, G.
1953 *Premesse generali al corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino.
Hare, R. M.
1952 *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford.
Hart, H. L. A.
1953 *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford University Press, London (trad. it. in *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 39-79).
1954 Introduzione a Austin 1832, pp. VII-XVIII.
1961 *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford (trad. it. Einaudi, Torino 1965).
Hegel, G. W. F.
1807 *Phänomenologie des Geistes*, Goebhardt, Bamberg-Würzburg (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1960[2]).
[1830-31] *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Duncker und Humblot, Berlin 1837 (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1941-63).

Hobbes, Th.
1642 *Elementorum Philosophiae, sectio tertia, de Cive*, Amsterdam 1647²; ora in W. Molesworth (a cura di), *T. Hobbes Malmesburiensis Opera philosophica*, Bohn, London 1839-45, II, pp. 133-432 (trad. it. in *Opere politiche*, Utet, Torino 1959, pp. 57-390).
1650 *The Elements of Law, Natural and Politic*; ora in W. Molesworth (a cura di), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Bohn, London 1829-45, vol. IV, pp. 1-229; ed. a cura di F. Tönnies, Cambridge University Press, Cambridge 1928 (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1968).
1651 *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Common-wealth, Ecclesiasticall and Civill*, Crooke, London; ed. a cura di A. D. Lindsay, Dent, London 1914.
1654 *Of Liberty and Necessity*; ora in W. Molesworth (a cura di), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Bohn, London 1829-45, vol. IV.
1666 *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*; ora *ibid.*, vol. VI, pp. 3-161 (trad. it. in *Opere politiche*, Utet, Torino 1959, pp. 391-558).
[1668] *Behemoth*, London 1679; ora *ibid.*, vol. VI.
Hood, F. C.
1964 *The Divine Politics of Thomas Hobbes*, Clarendon Press, Oxford.
Hooker, R.
1593 *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*; ed. Dent, London 1907.
Höss, R.
[1946] *Kommandant in Auschwitz*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart 1958 (trad. it. Einaudi, Torino 1961²).
Huizinga, J.
1938 *Homo ludens*, Tjeenk Willink, Haarlem (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1964).
Jaeger, W.
1936 *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, vol. I, De Gruyter, Berlin und Leipzig 1936² (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1959).
1947 *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, vol. III, De Gruyter, Berlin und Leipzig (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1963).
Jhering, R.
1894 *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, Breitkopf und Härtel - Duncker und Humblot, Leipzig.
Joachim, H. H.
1951 *The Nichomachean Ethics*, Clarendon Press, Oxford.
Jung, C. G.
1952 *Antwort auf Hiob*, Rascher, Zürich (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1965).
Kantorowicz, H.
1938 *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
1958 *The Definition of Law*, Cambridge University Press, London (trad. it. Giappichelli, Torino 1962).
Kelsen, H.
1910 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Mohr, Tübingen; ristampa della 2ª ed. (Mohr, Tübingen 1923) Scientia, Aalen 1960.
1920 *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen; 2ª ed. Mohr, Tübingen 1928; ristampa della 2ª ed. Scientia, Aalen 1960.
1922 *Rechtswissenschaft und Recht*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», III, pp. 103-235.
1923 Prefazione alla ristampa della 2ª ed. di Kelsen 1910.
1929 *La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité. Les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie*, in «Revue de droit international», IV, pp. 613-41.
1943 *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, University of Chicago Press, Chicago (trad. it. Einaudi, Torino 1953).
1945 *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge Mass. (trad. it. Comunità, Milano 1952).
1960 *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960².
1962 *Derogation*, in R. A. Newman (a cura di), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, Indianapolis - New York, pp. 339-55.
1965 *Recht und Logik*, in «Forum», XII, fasc. 52, pp. 421-25 e 495-500.

Kierkegaard, S. A.
1843 *Frygt og Baeven*, København (trad. it. Comunità, Milano 1962).
Kirchmann, H. von
1848 *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Stricker, Halle (trad. it. Giuffrè, Milano 1964).
Klug, N.
1951 *Juristische Logik*, Springer, Berlin.
Kojève, A.
1947 *Introduction à la lecture de Hegel*, Gallimard, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1973²).
Koschaker, P.
1938 *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, Beck, München-Berlin.
1947 *Europa und das römische Recht*, Beck, München-Berlin (trad. it. Sansoni, Firenze 1962).
Kuttner, S.
1936 *Sur les origines du terme « droit positif »*, in «Revue historique de droit français et étranger», XV, pp. 728-40.
Larenz, K.
1960 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Göttingen-Heidelberg (trad. it. Giuffrè, Milano 1966).
Leibniz, G. W.
1664 *Specimen difficultatis in jure, seu dissertatio de casibus perplexis*, Nürnberg; ed. Giuffrè, Milano 1960, pp. 267-302.
1665 *Specimen certitudinis, seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum*, Leipzig; ed. Giuffrè, Milano 1960, pp. 305-95.
1703 *Méditation sur la notion commune de justice* (trad. it. in *Scritti politici e di diritto naturale*, Utet, Torino 1951, pp. 213-43).
Leist, B. W.
1884 *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, Fischer, Jena.
Lenin, V. I.
[1917] *Gosudarstvo i revoljucija*, Žizn' i Žnanie, Petrograd 1918 (trad. it. Samonà e Savelli, Roma 1963).
1919 [Sullo Stato] (trad. it. in *Opere complete*, vol. XXIX, Editori Riuniti, Roma 1967, pp. 430-47).
Levi, A.
1966 *Storia della sofistica*, Morano, Napoli.
Lévy-Bruhl, L.
1922 *La mentalité primitive*, Presses Universitaires de France, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1966).
Locke, J.
1690 *Two Treatises of Government*, London (trad. it. Utet, Torino 1948).
Lutero, M.
1525*a* *Veranttwortung D. Martin Luther auff das büchlein widder die Räuberischen und mordischen Bawern, gethan am Pfingstage ym jare 1525* (trad. it. in *Scritti politici*, Utet, Torino 1959, pp. 484-92).
1525*b* *Eyn Schrecklich geschicht und gericht Gotes über Thomas Müntzer, darynn Gott offentlich desselbigen geyst lügenstrafft und verdammet*, Wittenberg (trad. it. *ibid.*, pp. 495-502).
1526 *Ob kriegsleutte auch ym seligem stande seyn künden*, Wittenberg (trad. it. *ibid.*, pp. 531-78).
Maistre, J. de
1821 *Les soirées de Saint-Pétersbourg*, Librairie grecque, latine et française, Paris (trad. it. Rusconi, Milano 1971).
Maitland, F. W.
1901 *English Law and the Renaissance*, Cambridge University Press, Cambridge; ora in M. Cam (a cura di), *Selected Historical Essays of F. W. Maitland*, Cambridge University Press, Cambridge 1957.

Malinowski, B.
1926 *Crime and Custom in Savage Society*, Kegan Paul, Trench and Trubner, London (trad. it. Newton Compton, Roma 1972).

Maritain, J.
1942 *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Editions de la Maison Française, New York (trad. it. in *Cristianesimo e democrazia*, Comunità, Milano 1950).

Marx, K.
[1875] *Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei*, in «Die Neue Zeit», IX (1891), 1, pp. 561-75; ed. Dietz, Berlin 1963 (trad. it. in *Opere scelte*, Editori Riuniti, Roma 1966).

Marx, K., e Engels, F.
[1845-46] *Die deutsche Ideologie*, in *Historisch-Kritische Gesamtausgabe*, Marx-Engels-Lenin Institut, Frankfurt am Main-Berlin-Moskau 1932; ed. Dietz, Berlin 1960 (trad. it. Editori Riuniti, Roma 1967²).

Merkl, A.
1917 *Das doppelte Rechtsantlitz*, in «Juristische Blätter».
1918 *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», XXXIV.
1921 *Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», XLI.
1923 *Die Lehre von der Rechtskraft*, in «Wiener staatswissenschaftliche Studien», XV, 2.

Nasi, A.
1966 «Giudizio di equità», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano, pp. 106-46.

Niekisch, E.
1953 *Das Reich der niederen Dämonen*, Rowohlt, Halle (trad. it. Feltrinelli, Milano 1959).

Nietzsche, F.
1881 *Morgenröte, Gedanken über moralische Vorurteile*, Schmeitzner Verlag, Chemnitz (trad. it. Adelphi, Milano 1964).
1886 *Jenseits von Gut und Böse, Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*, Naumann, Leipzig (trad. it. Adelphi, Milano 1968).
1887 *Zur Genealogie der Moral*, Naumann, Leipzig (trad. it. Adelphi, Milano 1968).

Ofstad, H.
1950 *The descriptive definition of the concept of "legal norm" proposed by Hans Kelsen*, in «Theoria», XVI, 2.

Orestano, R.
1959*a* *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1959².
1959*b* «L'azione in generale», in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano.

Otto, R.
1917 *Das Heilige. Über das Irrationale in der Idee des Göttlichen und sein Verhältnis zum Rationalen*; ed. Beck, München 1936² (trad. it. Feltrinelli, Milano 1966).

Pascal, B.
1669 *Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets*, Desprez, Paris; ed. a cura di L. Brunschvicg, Hachette, Paris 1904.

Pašukanis, E. B.
1924 *Obščaja teorija prava i marksizm*, Izdatel'stvo Kommunističeskoi Akademii, Moskva 1927³ (trad. it. in *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 75-238).

Perelman, Ch., e Olbrechts-Tyteca, L.
1958 *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1966).

Piano Mortari, V.
1954 *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medioevali*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche».

Piovani, P.
1953 *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano.
1961 *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari.

Pohlenz, M.
1959 *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen (trad. it. La Nuova Italia, Firenze 1967).

Popper, K. R.
1963 *The Open Society and its Enemies*, Princeton University Press, Princeton N.J.

Prior, A. N.
1949 *Logic and the Basis of Ethics*, Clarendon Press, Oxford.

Pugliese, G.
1956 *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile».

Riposati, B.
1947 *Studi sui «Topica» di Cicerone*, Vita e Pensiero, Milano.

Rohde, E.
1890-94 *Psyche-Seelencult und Unsterblichkeitsglaube der Griechen*, Siebeck, Freiburg (trad. it. Laterza, Bari 1970²).

Romano, S.
1947 *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano.

Ross, A.
1933 *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Levin und Munksgaard-Meiner, København-Leipzig.
1953 *Om ret og retfaerdighed. En indfoerelse i den analytisk retsfilosofi*, Nyt Nordisk Forlag Busk, København; trad. ingl. Stevens, London 1958.
1957 *What is Justice?*, in «California Law Review», XLV.

Ross, D.
1954 *Kant's Ethical Theory. A Commentary on the Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Clarendon Press, Oxford.

Russell, B.
1903 *The Principles of Mathematics*, Cambridge University Press, Cambridge (trad. it. Longanesi, Milano 1963).
1919 *Introduction to Mathematical Philosophy*, Allen and Unwin, London (trad. it. Longanesi, Milano 1962).

Sacco, R.
1949 *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino.
1950 *Il dovere del Giudice di far buon uso del potere discrezionale*, in «Giurisprudenza italiana», II, cc. 22-25.
1975 *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VI, tomo II, Utet, Torino.

Sade, D. A.
1797 *La Nouvelle Justine, ou les Malheurs de la Vertu, suivie de l'Histoire de Juliette, sa sœur*, en Hollande; trad. ingl. Grove Press, New York 1968.

Schlesinger, R.
1945 *Soviet Legal Theory*, Kegan Paul, London (trad. it. Einaudi, Torino 1952).

Schlier, H.
1955 *Die Zeit der Kirche*, Herder, Freiburg-Basel-Wien (trad. it. Il Mulino, Bologna 1965).

Scholem, G.
1957 *Die jüdische Mystik in ihren Hauptströmungen*, Rhein-Verlag, Zürich (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1965).

Schwarz, A. B.
1921 *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», XLII, pp. 578-610; ora in H. von Thieme e F. Wieacker (a cura di), *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Muller, Karlsruhe 1960, pp. 93-124.

Schweitzer, A.
1929 *Die Mystik des Apostels Paulus*, Mohr, Tübingen.

Spinoza, B.
1670 *Tractatus Theologico-Politicus, Continens Dissertationes aliquot, Quibus ostenditur Libertatem Philosophandi non tantum salva Pietate, & Reipublicae Pace posse concedi: sed eandem nisi cum Pace Reipublicae, ipsaque Pietate tolli non posse*, Künrath, Hamburg; ed. a cura di C. Gebhardt, Winters, Heidelberg 1924.

Spitzer, L.
1963 *Classical and Christian Ideas of World Harmony*, Johns Hopkins Press, Baltimore (trad. it. Il Mulino, Bologna 1967).

Stalin, J. V.
1924 [Principî del leninismo] (trad. it. in *Questioni del leninismo*, Edizioni Rinascita, Roma 1952, pp. 9-96).
1929 [Della deviazione di destra nel Partito Comunista (bolscevico) dell'Unione Sovietica] (trad. it. *ibid.*, pp. 257-336).
1935 [Discorsi della I Conferenza degli stakhanovisti dell'Urss] (trad. it. *ibid.*, pp. 599-610).
1939 [Rapporto al XVIII Congresso del Partito sull'attività del Comitato Centrale del Partito Comunista (bolscevico) dell'Urss] (trad. it. *ibid.*, pp. 676-730).

Stammler, R.
1911 *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Waisenhauses, Halle.

Stevenson, C. L.
1944 *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven Conn. (trad. it. Longanesi, Milano 1962).

Stintzing, R.
1880 *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, vol. I, Oldenbourg, München-Leipzig-Berlin.

Strauss, L.
1936 *The Political Philosophy of Hobbes*, Clarendon Press, Oxford; ed. Phoenix Books, University of Chicago Press, Chicago and London 1963.

Stroux, J.
1926 *Summum jus summa injuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio juris*, in *Festschrift P. Speiser-Sarasin*, Leipzig; ora in *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Stichnote, Potsdam 1949 (trad. it. in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XII, Stabilimento Tipografico Commerciale, Cortona 1929).

Stučka, P. I.
1921 *Revoljucionnaja rol'prava i gosudarstva*, Gosudarstvennoe Izdatel'stvo, Moskva (trad. it. in *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 5-74).

Talamanca, M.
1977 *Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, in «Quaderni dei Lincei», CCXXI, 2.

Tocqueville, A. de
1856 *L'Ancien Régime et la Révolution*, Lévy, Paris; ora in *Œuvres complètes*, tomo II, 2, Gallimard, Paris 1953.

Trevor-Roper, H. R.
1967 *Religion, the Reformation and Social Change*, Macmillan, London (trad. it. Laterza, Bari 1969).

Verdross, A.
1926 *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien-Berlin.

Viehweg, T.
1953 *Topik und Jurisprudenz*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München (trad. it. Giuffrè, Milano 1962).

Vyšinskij, A. J.
[1938] *Voprosy prava i gosudarstva u Marksa*, Gosudarstvennoe Izdatel'stvo juridičeskoj literatury, Moskva 1949, pp. 3-52 (trad. it. in *Teorie sovietiche del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, pp. 239-97).

Wagenvoort, H.
1947 *Roman Dynamism. Studies in Ancient Roman Thought, Language and Custom*, Blackwell, Oxford.

Warrender, H.
1957 *The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation*, Clarendon Press, Oxford.

Weber, M.
1921 *Das antike Judentum*, in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, vol. III, Mohr, Tübingen; trad. ingl. The Free Press, Glencoe Ill. 1952.
1922 *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr, Tübingen: trad. ingl. The Free Press, Glencoe Ill. 1964.

Welzel, H.
1951 *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen (trad. it. Giuffrè, Milano 1965).

Windolph, F. L.
1951 *Leviathan and Natural Law*, Princeton University Press, Princeton.

Wittgenstein, L.
1922 *Tractatus logico-philosophicus*, Kegan Paul, Trench and Trubner, London (trad. it. Einaudi, Torino 1974).

Wright, G. H. von
1963 *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge and Kegan Paul, London.

Il fatto che manchi nelle lingue indoeuropee una matrice comune per il termine 'diritto' sta ad indicare come l'esperienza giuridica abbia la sua fonte originaria nella sfera dei comportamenti (cfr. **comportamento e condizionamento**) la cui iterazione continuata (cfr. **consuetudine**) collegata con il sacro e il magico (cfr. **sacro/profano, magia, mito/rito**) dà origine a formule (cfr. **forma**) che rappresentano i modelli da ottemperare. La ricerca di un fondamento meno personalizzato del diritto ha condotto alla identificazione di un ordine naturale (cfr. **ordine/disordine, natura, natura/cultura**) di cui la **legge** e ogni **norma** costituiscono lo specchio, che è poi sempre quello divino. Tutto quel che contravviene al supposto equilibrio della natura (cfr. **equilibrio/squilibrio**) è disgregazione (cfr. **entropia**) e quindi fatto antigiuridico (cfr. **follia/delirio, peccato**). Per uscire da tale contraddizione si assume che la regola abbia un valore (cfr. **valori**) autonomo e che si imponga per se stessa e per chi la emana. I postulati (cfr. **assioma/postulato**) su cui si fonda il diritto rimangono quindi circoscritti all'Io-Dio-Natura, cioè fuori dalla sfera propriamente giuridica. Con la giurisprudenza si tende invece a trovare un fondamento nella serie dei casi (cfr. **caso**) che divengono autorità, mentre con Kant il diritto diviene una categoria del comportamento sociale (cfr. **controllo sociale**), per cui la forma giuridica ha valore autonomo indipendentemente dalla sua nascita e l'insieme delle norme tra loro collegate si fondano su una norma originaria il cui valore sta nella sanzione e nell'imperativo generale di «dovere» che essa contiene. Rimane tuttavia sempre l'ambiguità dell'origine per cui la fonte del diritto ricade in una volontà sovrana che viene espressa da un **sistema** (cfr. **ideologia, istituzioni, società, società civile, rivoluzione**) nell'ambito politico. L'inserimento del potere nell'ambito del diritto è denotato dalle discrezionalità e dalle incertezze e **ambiguità** della **lettura** (cfr. **linguaggio**) e della esecuzione (cfr. **competenza/esecuzione**) che spettano ad alcuni organi, che dividono i soggetti in dominatori e sudditi sottoposti al dettato dell'autorità (cfr. **discriminazione**).

Giustizia

Che cos'è un ordine sociale giusto? La riflessione politica non ha mai smesso di porsi questa domanda, da quando l'ingiustizia si è infiltrata nell'organizzazione stessa della società, al punto da diventarne un fattore essenziale. Fattore d'ordine e di pace, ma anche fattore di turbamento e di conflitto. Infatti, se in certe condizioni – in particolare nel contesto storico delle società a organizzazione statuale – l'ineguaglianza e l'ingiustizia introducono squilibri all'interno delle strutture sociali, è in una logica pressoché demenziale, tendente a cumulare progressivamente disfunzioni, che la società cerca di ritrovare la propria stabilità nella giustizia. Che cos'è un'organizzazione sociale giusta, quando sembra che i giochi siano fatti, che le società occidentali non facciano altro che correre ai ripari, tentando d'impedire che accada l'irrimediabile, in una corsa sfrenata per la sopravvivenza? Manifestazione estrema di una strategia negativa in cui ogni misura, ogni progetto si rivelano aggiustamenti dell'ingiustizia stessa.

Nel rilevare il malessere, lo smarrimento e l'angoscia che si impadroniscono di certi settori della magistratura europea di fronte allo sconvolgimento della macchina giudiziaria, senza essere piú in grado di individuare, al di fuori delle leggi, quegli equilibri necessari a un giudizio al tempo stesso giusto ed equo, ci si domanda se mai si ritroverà la serenità che nasce da un ragionevole accordo con la società.

Non esiste vera giustizia se non in una società giusta. Ma se la società lo è, che bisogno c'è di una giustizia? E se invece non lo è, come potrebbe esserlo la giustizia che ne è l'espressione? Tale paradosso, che sta alla base dell'ambiguità della giustizia (in quanto istituzione), rende oggi ancora piú acuta l'esigenza di giustizia (in quanto nozione), piú stupefacente il suo perdurare. Nel momento in cui i valori delle ideologie classiche vengono polverizzati dalla storia, quando si constata che se l'oppressione continua a moltiplicare le ingiustizie, la libertà si rivela insufficiente a fondare la giustizia; quando ci si accorge che se l'ineguaglianza nella ripartizione della proprietà accresce ogni sorta di disparità, la distribuzione ugualitaria dei beni non può, da sola, garantire un funzionamento giusto della società; nel momento in cui scetticismo, pessimismo e nichilismo corrodono in Europa tutte quelle idee che hanno spinto generazioni intere a combattere contro gli oppressori e gli sfruttatori, un valore resta «in piedi», immune dall'erosione: l'idea di giustizia. Idea d'altra parte enigmatica perché troppo vicina, troppo concreta e pertanto inafferrabile come questa stessa storia che ci sfugge; e noi avvertiamo che questa sua inafferrabilità le deriva piuttosto da noi, dalla nostra società, dal suo stato e dalla sua organizzazione, che da uno qualunque dei suoi attributi «ideali». Centro dei problemi piú quotidiani, essa resta immediata e immanente alla vita sociale quando la si considera nella sua globalità (alla maniera di quella «virtú completa» che comprende tutte le altre, di cui parlava Aristotele [*Etica Nicomachea*, 1131a, 10 - 1131b, 22]).

Tuttavia, se la rivendicazione di giustizia permane cosí viva, non se ne avvertono altrettanto bene i contorni: giustizia politica, giustizia sociale, giustizia nel lavoro, nell'educazione, nella famiglia... La proliferazione delle disfunzioni sociali non conduce solo alla specializzazione dei magistrati, che chiude loro l'orizzonte: è la logica della giustizia in senso globale che si sottrae all'esame, che non si può piú cogliere con immediatezza, che si disgrega, si frantuma, si disperde. Cosí la domanda di giustizia rimane alta, mentre si sa sempre meno di che cosa si parla.

Forse vale la pena di abbandonare un momento i confini della nostra cultura sovrabbondante di storia e di Stato, per rivolgere l'attenzione a quelle società che non ne hanno affatto, o quasi; forse si potrà cosí contribuire, come si augura Bohannan [1963], a cercare soluzioni ai problemi delle società altamente sviluppate.

Nell'antropologia giuridica, vi sono due modi tradizionali di trattare i meccanismi giudiziari delle società primitive: o come radicalmente differenti dai nostri (l'assenza di tribunali, di codici scritti, di giudici viene interpretata come criterio di rottura); oppure come già contraddistinti dalla presenza di quasi tutte le caratteristiche dei sistemi giudiziari moderni (dall'interrogatorio degli imputati alla tecnica di confronto delle testimonianze, fino al modo in cui il complesso delle norme trasmette un modello di comportamento «corretto», che il giudice utilizza per pronunziare la sentenza). Queste tendenze, tracciando rispettivamente una netta frontiera e una continuità troppo accentuata fra i due tipi di procedimenti giudiziari, non sembrano permettere una valutazione precisa della distanza che separa l'uno dall'altro. Tra un'eccessiva differenza e un'eccessiva somiglianza, non c'è spazio per una terza via intermedia; ma resta da individuare la logica che pone le differenze e coglie gli aspetti identici. Si apre però un'altra prospettiva se si tiene in considerazione che è pur sempre un sistema giudiziario che permane, anche se muta il suo modo di funzionare allorché l'organizzazione sociale si trova sconvolta dall'emergere di un potere statuale. È forse questa differenza essenziale che ci ha reso diversi dai selvaggi, perché diversi da noi stessi. Non si tratta dunque di proiettare su di loro la nostra immagine rovesciata oppure abbellita: noi non vedremo che il Diverso nel Medesimo o il Medesimo nel Diverso, mentre invece si deve discernere ciò che, in noi stessi, è stato rimosso fino a diventare irriconoscibile.

1. *Giustizia, diritto, consuetudine.*

Uno dei meriti di *Crime and Custom in Savage Society* di Malinowski [1926], fu quello di portare alla luce una fascia di norme del diritto primitivo molto vicine a quelle del diritto civile occidentale. Queste norme definiscono comportamenti consuetudinari, oppure rientrano nel dominio propriamente giuridico delle leggi? La controversia sull'opera di Malinowski non si è ancora del tutto conclusa: la posta in gioco è troppo alta.

Bisogna definire la legge sulla base della sanzione, come sostiene Radcliffe-

Brown? Il diritto diventa allora il «controllo sociale attraverso l'applicazione sistematica della forza da parte di una società politicamente organizzata» [Pound, citato in Radcliffe-Brown 1952, trad. it. p. 193]. Poiché una tale definizione implica necessariamente l'esistenza di tribunali, nel pensiero di Radcliffe-Brown si sarebbe indotti ad affermare che le società senza Stato e senza tribunali non possiedono leggi nel senso stretto della parola. D'altro canto, se bisogna fondare l'esistenza delle leggi indipendentemente dalle istituzioni giudiziarie create per applicarle, come distinguerle allora dalle norme consuetudinarie?

L'interesse del problema dipende qui dal fatto di inquadrare l'interrogativo sulla natura della giustizia. Quest'ultima presuppone un diritto codificato, scritto, tale che il giudizio debba cercare di conformarvisi – vale a dire una legge la cui autorità, in tutti i casi, sia in grado di imporsi ai giudici e alle controparti, eventualmente con la forza? O piuttosto bisognerebbe definire la giustizia in rapporto a quelle norme consuetudinarie, cosí profondamente interiorizzate nei comportamenti da far sí che ogni giudizio o sanzione riscuota il consenso di tutta la comunità? Nel primo caso si insiste sullo scarto fra diritto e società, nel secondo sull'adeguamento fra questa e le norme consuetudinarie. Nel primo caso la giustizia diventa prima di tutto una questione di sottomissione al diritto, nel secondo una sorta di ordine immanente alla società. In termini giuridici moderni, la sentenza giusta si presenterebbe o come un giudizio conforme al diritto o come un giudizio di equità.

Sembra che le discussioni sulla natura dei meccanismi giudiziari «nascenti», «rudimentali», quali i duelli, le trattative, la «vendetta còrsa», cosí come sulla natura di certi dispositivi di controllo sociale quali il biasimo e il dileggio, mettano in risalto un'incertezza nella concettualizzazione, incertezza che testimonia la difficoltà che impedisce di designare con il termine 'giustizia' dei meccanismi cosí «embrionali», ancora cosí immersi nella consuetudine.

Sulla scia di Elias, Max Gluckman sostiene che in ogni società – anche in quelle prive di istituzioni giuridiche – esiste la «legge», che possiede «un gran numero di regole per definire la buona condotta, che la maggior parte dei suoi membri osserva pur subendo una punizione quando se ne allontana» [1965, p. 182]. Ma in tal modo egli raggiunge la soglia all'interno della quale la regola di condotta cessa di essere una legge per diventare una norma consuetudinaria. Le proposte di ampliamento terminologico che Gluckman avanza per ridurre l'ambiguità della parola 'legge', per quanto seducenti, non sembrano andare al di là di un aggiustamento nominale della definizione («noi dovremmo riuscire, sulla base di accordi e convenzioni, [a trovare un ventaglio di termini adeguati ai differenti tipi di fatti esaminati sotto la parola "legge"]» [*ibid.*]). In realtà, se all'inizio dà l'impressione di seguire Malinowski nel suo sforzo di liberare dalle tenebre della consuetudine un campo giuridico specifico, piú avanti afferma che il saggio su *Crime and Custom* fra gli abitanti delle Trobriand avrebbe tratto vantaggio dalla sostituzione della parola 'legge' con 'norme sociali e controllo sociale' [*ibid.*, p. 206]. Anziché precisare la classificazione delle norme, egli propone una nozione ancora piú indeterminata.

La difficoltà di adeguare le parole alle cose dipende dagli strumenti concet-

tuali utilizzati dall'antropologia giuridica, dipende dunque dalle vicende reali del discorso giuridico occidentale.

Il clivaggio etnocentrista, che Malinowski aveva voluto cancellare, riaffiora, insinuandosi un'altra volta nell'assunzione di nuovi concetti, e non traccia piú una frontiera fra la coercizione della legge nelle nostre società a organizzazione statuale e la «sottomissione automatica» all'interno dei sistemi consuetudinari. Questa volta la differenza non tiene conto di una consuetudine che sembrerebbe accompagnarsi a «una profonda venerazione per la tradizione» tale da trasformare dei selvaggi in esseri in stato di schiavitú, facendo loro accettare «crudeli tabú» senza che vi si possano opporre, in quanto soffocati dal gruppo che annulla l'individuo [Malinowski 1926, trad. it. pp. 51-52]. La consuetudine non sarebbe piú definita da questo eccesso di coercizione, questo surplus che avvicinerebbe la sua norma alla legge naturale; al contrario, ricondotta a «comportamenti ripetitivi», le verrebbero a mancare certi attributi propri della legge (e in particolare l'«autorità» [cfr. Pospisil 1967, p. 33]) di modo che la giustizia praticata nelle isole Trobriand descritta da Malinowski dipenderebbe piuttosto dalla consuetudine, con l'intenzione di dimostrare che il diritto primitivo contiene già tutti gli elementi del diritto delle società occidentali. Spesso senza che gli autori se ne rendano conto, si arriva cosí a formulare concezioni etnocentriche simili a quelle che Malinowski criticava: in quanto primo stadio di un'evoluzione di cui noi rappresentiamo il risultato, il diritto primitivo si può definire e valutare in base ai nostri concetti e ai nostri valori.

L'argomento di Pospisil definisce la legge attraverso quattro attributi: l'autorità, l'*obligatio*, la sua possibile applicazione universale e la sanzione. La norma consuetudinaria comporterebbe soltanto gli ultimi tre elementi, dal momento che non prevede alcuna autorità capace d'imporre decisioni giuridiche. In altre parole, è la forza che si trova dietro le sanzioni che trasforma le norme in leggi. Ma da dove viene l'autorità? L'analisi dello stesso Pospisil la fa dipendere dalla consuetudine. Dal ventaglio di tipi d'autorità che egli distingue, consegue che la sola «autorità informale» non vede i suoi diritti, il suo ruolo e le sue attività determinate dalla legge o dalla consuetudine. Ma d'altra parte egli afferma che questo tipo d'autorità si fonda sulla «sua conformità al modello ideale dell'autorità giuridica stabilita da quella cultura particolare» [*ibid.*, p. 31]. Ma questo non è rinviare forse alla legge e alla consuetudine? Non si vede in che modo l'autorità, che dipende proprio dalla consuetudine, possa costituire il criterio che permette di distinguere la legge dalla norma consuetudinaria: se questa non si accompagna con l'autorità, sembra però essa stessa produrla, fissandone le prerogative e i limiti. Ma se in questo modo la legge viene ad essere il prolungamento della norma consuetudinaria e il diritto quello della consuetudine, da dove l'autorità trae la propria origine? Appare essa con la regola di natura consuetudinaria oppure con la forza che obbliga all'osservanza delle leggi?

La risposta a questo problema è data da un altro autore che, come il precedente deplora i guasti provocati nella letteratura antropologica da *Crime and Custom* («L'aringa piú affumicata che abbia mai fatto irruzione nel positivo cam-

mino della giurisprudenza» [Bohannan 1967, p. 47]). Per Bohannan, la differenza tra legge e consuetudine dipende dalla genesi stessa della prima. Affermando che la definizione data da Malinowski al diritto positivo («un insieme di obblighi vincolanti, considerati come un diritto da una parte e riconosciuti come un dovere dall'altra parte, fatti rispettare da uno specifico meccanismo di reciprocità e di pubblicità intrinseci alla struttura della... società» [1926, trad. it. pp. 93-94]) si applica in effetti alla consuetudine, egli considera che non vi è legge se non quando quell'«insieme di obblighi vincolanti... è stato reistituzionalizzato all'interno dell'istituzione giuridica, in modo che la società possa continuare a funzionare in maniera ordinata fondandosi sulle regole cosí conservate» [Bohannan 1967, p. 48]. I diritti legalmente stabiliti, positivi, sono il risultato di una doppia istituzionalizzazione: «Un diritto legale (e, contemporaneamente, una legge) è la riaffermazione, allo scopo di mantenere il funzionamento giusto e pacifico delle istituzioni della società, di alcune, ma non di tutte, le esigenze riconosciute delle persone da chi detiene il potere all'interno di quelle istituzioni» [*ibid.*, p. 49].

Che cosa accade perché la riaffermazione della norma consuetudinaria riesca a trasformare questa in legge? Che cosa c'è di piú o di differente che si aggiunge alla norma originaria? Da dove deriva la necessità della duplice istituzionalizzazione? Le società senza tribunali né codici, ma che posseggono altri meccanismi giuridici, miranti piú a risolvere conflitti ricorrendo alle norme che a riaffermare quelle stesse norme correggendone gli scarti rispetto al comportamento, sarebbero dunque prive di leggi? Si possono definire «istituzioni giuridiche» i processi pre- o protogiudiziari propri di quelle società? Se sí, ogni norma consuetudinaria, ogni principio generale (morale, per esempio), invocato per difendere ogni pretesa delle parti, dovrebbe essere considerato alla stregua di legge – e in nessun processo si farebbe ricorso alla consuetudine. In ogni modo, si tratta di un meccanismo di riaffermazione di norme simile a quello che opera nelle assemblee e nei tribunali delle società ad organizzazione statuale? E perché queste ultime dovrebbero sentire la necessità di recuperare la consuetudine al livello dei propri organi di produzione e applicazione delle leggi?

L'autore non risponde a queste domande, oppure non dà risposte chiare [*ibid.*, pp. 49-50]. Comunque, ci si ritrova di fronte a quegli ostacoli classici ai quali Malinowski cercava di sfuggire: se si definisce la giustizia sulla base del diritto, se esiste un reale meccanismo giudiziario solo dove esistono tribunali, giudici e leggi, non si potrebbe chiamare giustizia tutto ciò che si osserva nell'ambito dei meccanismi analoghi delle società primitive (che verrebbero cosí a dipendere dalla consuetudine); ma come spiegare allora i notevoli punti di convergenza con le nostre strutture giuridiche? La barriera innalzata tra legge e norma consuetudinaria scoraggerebbe ogni tentativo di analisi. Se, al contrario, si parte dall'esistenza di dispositivi giudiziari per dimostrare quella di una legge dotata degli attributi della legge moderna occidentale (definendo in questo modo il diritto sulla base della giustizia), si rischia di instaurare nel corpus delle regole giuridiche di certe società primitive un continuum fra la norma consuetudinaria piú diffusa e generale e la legge esplicita piú particolare. Una mescolanza di questo genere impedirebbe di cogliere le differenze notevoli che separano il diritto e la giustizia primitiva dal diritto e dalla giustizia moderni.

La difficoltà dipende soprattutto dall'ostinazione nell'associare esclusivamente (o quasi, e in ogni caso in maniera privilegiata) la giustizia alla legge, ostinazione accresciuta da una spiccata ripugnanza verso la possibilità di definire la giustizia sulla base della norma consuetudinaria, indubbiamente per paura di contaminarla con qualche traccia di primitivismo. Conviene scegliere dunque un'altra prospettiva, per proseguire nell'analisi. E innanzitutto tornare alla causa prima di questa disputa, *Crime and Custom in Savage Society*.

2. *Le norme consuetudinarie.*

Due erano gli intenti di Malinowski, l'uno di ordine scientifico e l'altro di ordine ideologico, o, in altre parole, l'uno metodologico e l'altro anti-etnocentristico. E non è certo che si debba disgiungerli l'uno dall'altro.

Facendo emergere tutto un ambito giuridico, da lui individuato come quello del «diritto civile», si proponeva di dimostrare che le spiegazioni di tipo psicologico dell'obbedienza tributata dal primitivo al suo gruppo erano false e tendenziose, false in quanto tendenziose, etnocentriche. E perciò insisteva sul comportamento dei Trobriandesi nei confronti del diritto, pur definendo quest'ultimo attraverso la funzione da esso esplicata nell'organizzazione sociale.

Egli dava cosí corpo a un «breve catalogo» che, pur senza volerlo trasformare in un «tentativo di classificazione» delle norme primitive, non cessò di completare lungo tutta l'opera [1926, trad. it. p. 90]. Anzitutto, per Malinowski, le leggi propriamente dette traggono origine dalle consuetudini. A fianco delle leggi esistono poi altre norme di cui fa l'inventario e che costituiscono le norme consuetudinarie propriamente dette: le «regole tradizionali che istruiscono l'artigiano sul modo in cui esercitare il suo mestiere... Altre ingiunzioni sul come comportarsi in compagnia di amici, parenti, superiori, pari e cosí via..., precetti delle buone maniere... Vi sono altre regole che stabiliscono il comportamento nei giochi, negli sport, nei trattenimenti e nelle festività...» [*ibid.*, p. 89]. Infine, «vi sono anche norme relative a cose sacre e importanti, le regole del rituale magico, delle cerimonie funebri, e cosí via» [*ibid.*, p. 90] che Malinowski distingue dalle prime, abbozzando cosí una classificazione delle norme consuetudinarie.

Cos'hanno in comune le prescrizioni del primo gruppo? «In tutto questo, si noterà, vi sono forze psicologiche non d'inclinazione, o d'interesse personale, oppure d'inerzia, che potrebbero contrapporsi a una di queste regole o rendere gravoso il suo rispetto. È altrettanto facile seguire una regola che non seguirla, e una volta che vi accingete a uno sport o a un'altra attività piacevole, potete veramente goderne solo se obbedite a tutte le sue regole, siano esse regole artistiche, di buone maniere, o del gioco» [*ibid.*, p. 89]. La scelta del gioco (ambivalente, in quanto modello ed esempio di una consuetudine) punta verso una definizione rigorosa: la regola non ammette «interpretazione», ma deve essere rispettata

scrupolosamente o non lo è affatto, dal momento che non è una forza esterna al comportamento che prescrive dall'alto un'azione, ma piuttosto la comprende quale propria determinazione, per cosí dire, genetica. Da qui l'aspetto rigido della consuetudine, su cui tradizionalmente si insisteva; essa fa parte di un insieme, se non coerente almeno sistematico, di norme consuetudinarie che regolano il gioco dei comportamenti nella sua globalità; procura piacere, da cui una certa efficacia nella condotta; infine, non uniformarsi a una di quelle regole rappresenta un attentato alla comunità intera, nella misura in cui ciascun individuo se ne consideri un membro. Non rispettare le regole di buona educazione fa apparire colui che se ne rende colpevole, un uomo ridicolo, grossolano e socialmente singolare agli occhi degli altri. Questo gruppo di norme delimita un'area di integrazione dell'individuo nella collettività, di modo che la loro trasgressione non colpisce solo un altro individuo, ma tutta la collettività e, tramite suo, colui che in quel modo se n'è escluso.

Questa caratteristica sembra distinguere il primo tipo di norme consuetudinarie da ciò che Malinowski chiama «le leggi», che, a loro volta, si fondano sulla reciprocità sociale, sul principio del *do ut des*, il mutuo obbligo di prestazioni la cui violazione innesca la reazione della parte avversa. La tragressione della legge prende dunque di mira precipuamente un altro individuo (o gruppo), anche se ostacola contemporaneamente il funzionamento della società. È l'ambito delle controversie, della legge «civile».

Malinowski fa però riferimento anche a un'altra categoria di norme, da non confondere con le leggi: quelle «relative alle cose sacre e importanti», come i riti magici; e «certe regole di condotta personali nei confronti dei parenti stretti, dei membri della famiglia e di altre persone verso le quali sono avvertiti forti sentimenti di amicizia, lealtà e devozione, che sostengono le prescrizioni del codice sociale» [*ibid.*, p. 90]. Evidentemente, si tratta di norme la cui violazione appare grave, meritevole di venir punita con una sanzione – ambito che dovrebbe corrispondere a quello «penale» delle nostre società moderne. L'esempio che dà Malinowski di un crimine nella società trobriandese, l'incesto seguito da suicidio, sembra confermare questo accostamento.

Ma cosa significa qui la violazione di un tabú, di una regola religiosa, d'una «legge del sangue»? Per quanto i riti, le istituzioni magico-religiose o la solidarietà all'interno della famiglia demarchino zone cruciali del rapporto individuo-comunità, l'opposizione a quelle norme incide non tanto su qualcosa o qualcuno, quanto piuttosto su un rapporto con la collettività (attraverso qualcosa, una stirpe, o qualcuno, un antenato, uno spirito).

Si ha cosí l'abbozzo di una classificazione delle norme consuetudinarie della società primitiva: *a*) norme che regolano la condotta individuale rispetto alla comunità, e la cui violazione colpisce soprattutto l'individuo stesso; *b*) norme che regolano la condotta individuale nei confronti degli altri individui, e la cui violazione colpisce anzitutto gli altri; *c*) norme che regolano la condotta individuale riguardo a un rapporto originario, fondamentale, dell'individuo con la comunità. Questi tre tipi di norme delineano tre ambiti di comportamenti sociali: il primo abbraccia l'ambito dell'integrazione già in atto, che apparterrebbe cosí profondamente all'essere sociale dell'individuo da non aver bisogno di essere reiterata o rinforzata da riti.

Il secondo, quello che Malinowski definisce della legge, copre un'area di comportamenti ad un tempo determinati e indeterminati; questi, all'interno dello spazio sociale (e dunque integrato: ciò che non impedisce l'esclusione dalla comunità allorché la violazione delle norme di reciprocità è costante [*ibid.*, p. 79]), avrebbero la possibilità di scostarsi dalle norme. Il che provoca però reazioni da parte sia di individui o gruppi sia di dispositivi giudiziari atti a correggere quegli scarti. Si vede l'importanza di questo ambito nella limitazione della zona in cui si esercita la giustizia.

Il terzo tipo di norme designa una zona precisa del campo sociale: quella del rapporto individuo-comunità. I comportamenti che queste norme si suppone possano ispirare, hanno la particolarità di reiterare il processo stesso che suggella e conferma l'appartenenza dell'individuo alla collettività: le leggi religiose, le regole che presiedono a un rito funebre e a una cerimonia per la fecondità dei campi si collocano ai limiti della società, per quanto la loro osservanza apra all'uomo l'accesso al suo essere sociale piú completo.

Va da sé che questi tre tipi di norme coesistono quasi sempre in un comportamento o in un avvenimento; Malinowski nota, per esempio, che l'importanza dell'obbligo di reciprocità nelle prestazioni economiche risulta rafforzato dai riti magici che le accompagnano. Tuttavia, ogni categoria esiste con una certa autonomia, registrando un insieme di comportamenti specifici.

Tentando di situare le norme le une in rapporto alle altre, è ben difficile vedere nel primo tipo il terreno da cui si sarebbero progressivamente distaccate le norme del secondo tipo (il lungo periodo cronologico serve in questo caso da alibi alla mancanza di intelligibilità del processo) e, piú tardi, le leggi scritte e codificate. Al contrario, sembra che quelle norme che individuano un massimo d'integrazione dell'individuo nella società presuppongano, piú che preannunziare, norme anteriori senza la costrizione immediata della forza dei «costumi». Ciò che abitualmente si caratterizza come originario, come il grado piú basso della consuetudine, non sarebbe altro che il prodotto della sedimentazione, dell'assorbimento sociale di norme molto piú precise, molto piú precarie e molto meno identificabili con la società nel suo insieme. In effetti, queste regole consuetudinarie sono, in un certo senso, ben piú «culturali» delle altre; non regolano l'andamento degli scambi sociali, ma ne sono in qualche modo il risultato iscritto nei comportamenti individuali; da ciò deriva il fatto che appaiano all'osservatore come costituenti il terreno (non psicologico, non biologico) sulla base del quale gli scambi siano possibili.

Malinowski riferisce di un conflitto tra il sistema del diritto materno e l'amore paterno nella società trobriandese [*ibid.*, pp. 131-35]. E dimostra, senza rendersene conto, e *a contrario*, che è impossibile parlare di regole consuetudinarie nel senso di «usanza legalizzata» [*ibid.*, p. 150], cioè nel senso per cui il processo di legalizzazione di una prassi abituale sarebbe all'origine della norma. Si avrebbe cosí un meccanismo generale (che ricorda la doppia istituzionalizzazione di Bohannan) di formazione delle norme consuetudinarie

(tanto del primo gruppo, a partire da usanze inizialmente saltuarie e in seguito «legittimate» con il passare del tempo, quanto del secondo gruppo, a partire dalle norme del primo gruppo). L'usanza fornita quale esempio da Malinowski, usanza contraria alle leggi che regolano il sistema delle alleanze costituente la struttura di base dell'organizzazione sociale, non potrebbe essere tollerata che a certe condizioni, del tutto provvisorie (a meno che non sia imposta da un capo in possesso del potere politico), poiché in fin dei conti la legge mantiene su di essa una supremazia totale [*ibid.*, p. 138]. Ora, le regole consuetudinarie del primo tipo non solo non si oppongono alle norme di reciprocità, ma le favoriscono. Non si tratta di una specie di leggi in via di formazione, che individuano il terreno da cui sarebbero derivate le norme del secondo gruppo. Ci si può domandare se, con l'esempio dell'amore paterno, Malinowski non avanzi l'ipotesi di una gerarchia ascendente nella genesi delle leggi: biologia (sentimento) / usanza; norma consuetudinaria / usanza legalizzata; legge / condotta sociale legale. Ma questo processo, sul piano di una teoria dell'origine della legge dalla natura, presupporrebbe l'esistenza di una legge preliminare in grado di legalizzare l'usanza. In effetti, Malinowski prende a modello la dinamica storica del passaggio dalle consuetudini alla legge nelle società a organizzazione statuale, mentre è la dinamica inversa che conviene adottare.

3. *L'ambito della giustizia.*

La definizione che Malinowski dà delle leggi primitive «civili» (secondo gruppo di norme) implica una caratteristica che solo esse posseggono: sono *applicabili secondo giustizia*, di quella applicabilità che Kantorowicz [1958] aveva annoverato fra gli attributi della legge; in altre parole, sono suscettibili d'interpretazione in un processo o in un giudizio. Andando piú a fondo nel problema, ciò presuppone che queste norme, ben lungi dal prescrivere condotte rigide o stereotipate, delimitino un'area di libertà o, piuttosto, di indeterminatezza dei comportamenti. Si potrebbe ritenere che anche le leggi del terzo gruppo, quelle «penali», siano applicabili secondo giustizia, dal momento che la loro violazione comporta processi e giudizi. Ma anche se questo è vero, mai o molto raramente esse sono suscettibili di una reinterpretazione: i processi penali nelle società primitive non vertono sull'interpretazione della legge che presuppone tale crimine o tale delitto, alla stregua dei nostri processi moderni; al contrario, l'unica cosa che conta è stabilire l'identità del criminale (nei processi per stregoneria, per esempio). Ma forse non si può individuare in ciò un sicuro criterio di distinzione tra le norme del secondo tipo e quelle del terzo.

Comunque sia, l'area d'indeterminatezza che implicano le regole del secondo gruppo differisce nettamente da quella propria delle altre norme. Si può sempre venir meno al rispetto delle regole del primo e terzo gruppo, e subire per questo una sanzione; quelle del secondo gruppo invece non solo possono essere trasgredite, ma anche affermate come valide al di là del comportamento «standard». Questa caratteristica della norma primitiva, che aveva colpito Malinowski al punto che vi ritorna continuamente nel suo testo, non sembra aver ricevuto buona accoglienza da parte dei suoi successori (che forse non vi hanno visto nient'altro che «della psicologia»).

Ecco i passi di maggior rilievo: «Il 'diritto civile', il diritto positivo che regola tutte le fasi della vita tribale, consiste quindi di un insieme di obblighi vincolanti... Queste norme di diritto civile sono elastiche e possiedono una certa latitudine. Esse offrono non solo penalità per il loro mancato adempimento, ma anche dei premi per una 'eccedenza' nell'adempierle. La loro severità è assicurata mediante la razionale valutazione di causa ed effetto da parte dei nativi, combinata con un certo numero di sentimenti personali e sociali come l'ambizione, la vanità, l'orgoglio, il desiderio di autoelevazione per mezzo dell'esibizione, e anche l'attaccamento, l'amicizia, la devozione e la lealtà nei confronti del gruppo parentelare» [Malinowski 1926, trad. it. pp. 93-94]. Malinowski collega espressamente la «discrezionalità» di queste norme, l'area di indeterminatezza che dischiudono, all'espressione di tutti questi tratti individuali e sociali di cui fa l'inventario. Altrove egli scrive: «Le regole qui descritte sono essenzialmente elastiche e accomodabili, e lasciano una notevole latitudine entro la quale il loro adempimento è considerato soddisfacente. I mazzi di pesce, le misure di ignami, o i mazzi di taro [che si scambiano tra i villaggi delle costa e quelli dell'interno, secondo il principio della reciprocità], possono essere valutati solo approssimativamente, e naturalmente le quantità scambiate variano a seconda dell'abbondanza della pesca o del raccolto. Si tiene conto di tutto questo, e solo la tirchieria deliberata, la negligenza o la pigrizia sono considerate come violazione del contratto. Inoltre, poiché la prodigalità è una questione d'onore e d'orgoglio, l'indigeno medio spremerà tutte le sue risorse per largheggiare nella sua misura. Egli sa, inoltre, che ogni eccesso di zelo e di generosità è destinato prima o poi a essere ricompensato» [*ibid.*, pp. 69-70]. In tal modo queste leggi permettono a certe forze di esprimersi con un margine che oltrepassa sia in negativo sia in positivo (vale a dire quantitativamente) ciò che esse prescrivono: «Prendete il selvaggio reale, abile nell'evadere i propri doveri, tronfio e vanaglorioso quando li ha assolti» [*ibid.*, p. 69]. «L'onore personale», «l'ambizione», «la vanità», «l'amor proprio», il «suo amore per l'autogratificazione mediante l'esibizione» [*ibid.*, p. 100] non solo hanno la possibilità di manifestarsi in questo ambito, ma costituiscono anche validi motivi per uniformarsi alle leggi. Le leggi, d'altra parte, non hanno lo scopo di reprimere queste motivazioni o di trovare un compromesso tra contrastanti interessi egoistici; al contrario, «la forza vincolante in queste regole è quindi dovuta alla naturale tendenza mentale dell'interesse personale, dell'ambizione e della vanità, messe in gioco da uno speciale meccanismo sociale in cui sono strutturate le azioni obbligatorie» [*ibid.*].

Queste osservazioni di Malinowski caratterizzano in duplice maniera l'ambito giuridico della norma primitiva: è l'ambito in cui si dispiegano le volontà di potenza individuali, volontà (in un senso quasi nietzschiano) intesa qui come l'insieme delle forze che operano sotto questi attributi di tono morale o psicologico quali «orgoglio», «vanità», ecc. La manifestazione di potenza cosí

intesa rappresenta l'espressione sociale di queste forze, ossia la loro azione in quanto abbia un effetto diretto sugli altri.

L'altra caratteristica dell'ambito giuridico discende precisamente dall'azione di queste volontà di potenza: variabili d'intensità (dispiegandosi in uno spazio d'indeterminatezza) possono spingere l'individuo ad adempiere alle prescrizioni al di là della pura e semplice reciprocità ugualitaria. Malinowski definisce cosí gli scambi che provocano un indebitamento, e li collega a tali volontà di affermazione come loro movente.

Lo spazio giuridico in cui circolano i beni e in cui si dispiegano le volontà di potenza è uno spazio pubblico. Le norme si applicano a condotte che implicano, tutte, un rapporto sociale. L'ambito in cui possono sorgere conflitti e litigi corrisponde all'area coperta dalle norme; dal momento che quest'ultime lasciano un margine di libertà, certi meccanismi di controllo agiscono in questo spazio senza essere un'emanazione né di una forza pubblica né propriamente della comunità considerata come entità trascendente che influisce sugli individui. Piú precisamente, nel caso delle società prive di una struttura statale come la società trobriandese, devono esserci mezzi adeguati ad assicurare il buon andamento degli scambi sociali, correggendone gli scarti che vi si possono produrre, e senza per questo comprimere le energie, le volontà di potenza individuali. Ora, uno di questi mezzi piú generali è iscritto nel funzionamento stesso dello spazio pubblico: il quale è *aperto*, e in modo tale da mantenere il controllo sociale senza porsi al di sopra dei membri della comunità.

Malinowski pone la pubblicità quasi allo stesso livello d'importanza della reciprocità, nella gerarchia dei meccanismi coercitivi. Da dove la pubblicità trae questa forza?

Il primo esempio di crimine che Malinowski menziona nel suo saggio presenta un giovane che aveva violato le regole di esogamia commettendo incesto con la cugina materna, figlia della sorella di sua madre. L'innamorato della fanciulla, sentendosi cosí respinto, decise di vendicarsi: «Una sera insultò in pubblico il colpevole, accusandolo in presenza di tutta la comunità di incesto e scagliandogli contro certe espressioni intollerabili per un indigeno» [*ibid.*, pp. 110-111]. Questo costrinse il colpevole al suicidio.

Malinowski osserva che «l'opinione pubblica non era né oltraggiata in alcuna misura dalla conoscenza del delitto, né reagí direttamente: dovette essere mobilitata da una pubblica denuncia del delitto e dagli insulti rivolti al colpevole da una parte interessata» [*ibid.*, p. 112]. In altre parole, «se la cosa è condotta *sub rosa* con un certo decoro, e se nessuno in particolare solleva difficoltà, la 'opinione pubblica' mormorerà, ma non chiederà nessuna severa punizione. Se, al contrario, scoppia lo scandalo, tutti si scagliano contro la coppia colpevole e, mediante l'ostracismo o gli insulti, l'uno o l'altra deve essere spinto al suicidio» [*ibid.*]. La letteratura etnografica abbonda di esempi di questo genere.

La diffusione della notizia dell'incesto va dal piano del pettegolezzo, in cui si trasmette il messaggio, pur sempre evitando il contatto con il colpevole, al piano pubblico, in cui non c'è piú bisogno di un'ulteriore diffusione poiché la notizia è di pubblico dominio. E l'incesto diventa delitto solo quando raggiunge questa dimensione pubblica: e non c'è una vera e propria legge o una norma coercitiva, se non a questo livello. Solamente a questo punto l'obbligo si fa imperioso e la norma applicabile.

È in questa dimensione che si scambiano insulti; è qui che ha luogo lo *yakala* 'disposizione legale speciale', sorta di meccanismo semistituzionale, protogiudiziario: i Trobriandesi sistemano cosí le loro questioni con uno «scambio di rimostranze pubbliche (*yakala*), in cui le due parti, assistite da amici e parenti, si incontrano, pronunciano delle arringhe, si lanciano e rilanciano recriminazioni» [*ibid.*, p. 95]; è ancora a questo livello che gli Eschimesi risolvono le loro controversie intonando canzoni, o che i Tiv, per ragioni simili, fanno sentire i loro tamburi [cfr. Bohannan 1957].

Si tratta di società senza organizzazione statuale e senza tribunali che, oltre a meccanismi particolari, ricorrono ampiamente a beffe, canzonature o scherno per accrescere la forza coercitiva delle norme consuetudinarie. L'ambito della pubblicità costituisce senza dubbio il terreno originario della giustizia primitiva, se non della giustizia *tout court*: le assemblee di villaggio o i tribunali non sono altro che il risultato delle trasformazioni subite da questa dimensione aperta. È in questa dimensione che la percezione degli equilibri sociali cessa di essere individuale o isolata per diventare comunitaria.

Si ha scandalo (questo termine serve qui per indicare solo la percezione da parte della collettività di una violazione delle norme) allorché l'accaduto dal piano della segretezza passa a quello dell'evidenza palese, a quello in cui ciascun membro della comunità sa che tutti sanno; in cui la catena della maldicenza o dello scalpore si muta in «superficie», acquisendo tutto a un tratto una sorta di autonomia: l'opinione pubblica. Ma come si forma? Com'è che la catena delle notizie mormorate a mezza voce emerge alla luce di colpo, definendo lo spazio pubblico di ciò che è manifesto? In realtà si potrebbe pensare che la circolazione delle maldicenze finisca per rimanere indefinitamente sotterranea.

D'altra parte si avrebbe torto a credere che la forma di obbligo o pressione in atto all'interno di questo spazio sia improntata al modello dell'immagine nello specchio, dello sguardo rovesciato che il soggetto proietta su se stesso: io mi vedo nel momento stesso in cui sono visto, io non sfuggo alla sorveglianza di un occhio il cui solo sguardo abbraccia l'intera comunità. Questo schema, corrispondente alla giustizia nell'ambito dello Stato (l'occhio della ragione secondata dalla forza), è in questo caso inapplicabile. Se infatti l'opinione pubblica mantiene una specie di presenza indipendente nei confronti dei singoli membri della comunità, non è d'altronde l'espressione di una legge trascendente; ma, anzi, ciascuno esprime la comunità con la propria parola. Non è l'occhio con lo sguardo a creare l'autonomia dell'opinione pubblica: sono l'udito e la parola.

La parola apre lo spazio pubblico. Il primo a parlare delimita (per la portata della sua voce e delle sue parole) un'area di risposta; ma contrariamente a ciò che avviene per l'occhio, questa area non ammette un circuito segreto, di comunicazione esclusivamente a due. Lo spazio coperto dalla voce individua l'ubiquità delle risposte: i punti da cui si può ascoltare la mia voce sono numerosi, in quanto si collocano in tutta l'area coperta. Altra caratteristica di questo spa-

zio: la parola non si può ritirare dall'area che essa stessa ha inaugurato. Infatti parlare è interrompere lo spazio del silenzio, allargarlo trasformandolo, aprirlo senza possibilità di tornare indietro: una volta aperto, rimane tale. All'inverso dello sguardo fra due che può sottrarsi ad un terzo individuo poiché ha la possibilità di aprirsi o chiudersi a volontà, la parola è, di per sé, pubblica: bisogna guidarla, farle forza perché si ammanti di maldicenza – sforzo che tende a mantenere in un ambito privato, clandestino, la parola che ha invece, da parte sua, una vocazione per la pubblicità. Lo scandalo scoppia nel momento in cui il circuito della maldicenza ha esaurito l'area pubblica, prendendo a prestito un modo di comunicazione clandestino; ma ormai ciascuno sa, senza sapere ancora che tutti sanno. Basta dunque che una parola sia pronunziata in pubblico, perché bruscamente si costituisca, di colpo, l'opinione, la voce della comunità.

In breve, parlare significa dire ad altri che io so che essi sanno (ciò che io so); e dunque che so che essi sanno che io so. Guardare è credere che l'altro sappia ciò che io stesso non so. Questo schema, isolando dall'altro chi si limita a guardare, non li unisce che nella fantasticheria. Il primo schema, invece, permette che si instauri una comunicazione comunitaria, col consentire alla parola (e quindi ad ogni volontà di potenza individuale) di esprimersi. E si vedrà che è questo che accade in quei processi protogiudiziari in cui la parola – la contrapposizione di parole – svolge un ruolo essenziale.

Ben lontano dall'imitare lo sguardo che tutto vede e tutto sa, l'ambito giudiziario individuato in base all'udito e alla parola non implica l'annientamento delle parti sotto il potere di un terzo termine. Ed è proprio qui che nascono i meccanismi della giustizia.

4. *Conflitto, scambi e debito.*

I meccanismi giudiziari intervengono allorché il normale andamento degli scambi sociali è interrotto da un'iniziativa individuale che si allontana dalle condotte prescritte dalle norme. L'intervento si propone come scopo la soluzione del conflitto cosí sorto, e il ristabilimento, nella misura del possibile, della situazione precedente.

Ogni conflitto si traduce in un'interruzione degli scambi; piú esattamente, nella rottura del vincolo che sottende gli scambi. In effetti se il conflitto interrompe gli scambi di beni o di persone, incide piú profondamente su ciò di cui la norma è l'effetto: un vincolo infrasimbolico (poiché ogni scambio è simbolico) che riguarda la circolazione delle energie nella comunità.

Il tessuto sociale formato da questi legami permette lo scambio di ogni cosa (parole, servizi, beni, persone) secondo modalità regolate dalle norme di reciprocità. Ora, nello spazio d'indeterminatezza individuato da queste norme è iscritta la stessa possibilità del conflitto.

Si ricordi ciò che Malinowski dice degli scambi di pesci con i prodotti agricoli dell'interno: perché gli scambi siano giusti, tutte le circostanze – cattiva pesca, cattivo raccolto e altri fattori aleatori – devono essere presi in considerazione, «solo la tirchieria deliberata, la negligenza o la pigrizia sono considerate come violazione del contratto» [1926, trad. it. p. 69]. In altre parole: *a*) Se la norma di reciprocità delimita una zona d'indeterminatezza, è per lasciare un certo margine alla sorte; e la correzione della sorte dipende dalla giustizia nella misura in cui, affinché lo scambio sia giusto, bisogna tener conto di tutti gli elementi aleatori. *b*) La preoccupazione di correggere la sorte fa sí che gli scambi possano variare quantitativamente, dato che la norma non determina un valore fisso a cui le controparti si sarebbero dovute attenere. Si può dire perciò che la norma primitiva privilegia la qualità sulla quantità come dimostra la volontà di dare sempre piú generosamente per ottenere «onori ed elogi». Le elargizioni esprimono il superamento di ogni quantità fissa, vale a dire l'affermazione della singolarità dell'onore e del prestigio di ciascuno; in breve, delle volontà di affermazione individuali. *c*) In realtà, non vi è uguaglianza numerica od oggettiva negli scambi, nel senso che in questo caso le volontà di affermazione (nella loro molteplicità) verrebbero ad essere sottomesse a regolamentazioni di natura monetaria tassative – che peraltro abolirebbero la dinamica «ugualitaria» degli scambi, introducendovi plusvalore [cfr. Gil 1978*a*]. La zona d'indeterminatezza serve non soltanto a variare le quantità scambiate (secondo un calcolo che tiene conto della sorte), ma a consentire allo scambio di contrarre un debito. Ora, il debito (il sovrappiú di un dono rispetto a un controdono) traduce con esattezza la singolarità dell'onore individuale, ciò che ogni volontà custodisce d'inalienabile (ciò che non può essere scambiato). Si hanno cosí due piani nello scambio: quello dei beni (in termini giuridici: «valori») e quello del debito che traduce le volontà di potenza (o le «persone»). Il rapporto fra i due piani è inversamente proporzionale: piú io do e piú la mia potenza risulta accresciuta; quanto piú sono debitore, tanto meno è garantita la mia potenza.

Si istituisce cosí un sistema ugualitario di scambi che si differenzia dal semplice «dono contro dono» commisurato su un'equivalenza quantitativa dei beni. Gli scambi si effettuano in un contesto di fondamentale agonismo, in cui la prima preoccupazione è quella di far sí che chi riceve un dono si trovi in debito. Ma, paradossalmente, è questo contesto a creare la base di uguaglianza degli scambi, e, in primo luogo, la parità dei diritti di contrarre debiti; inoltre, il sistema dei debiti – che comincia con una generazione e può esaurirsi con una generazione successiva, per ricominciare di nuovo e cosí di seguito – nega l'accumulazione dei beni, nega che la potenza si possa fondare su una tale accumulazione; al contrario, è dalla parte eccedente del bene scambiato che deriva il sovrappiú di potenza, è dal debito che altri hanno contratto con me che io traggo il mio prestigio («Nella distribuzione del loro surplus, essi avvertono una manifestazione di potenza e un'affermazione della loro personalità» [Malinowski 1926, trad. it. p. 68]). Sistema profondamente ugualitario perché fonda il valore della potenza individuale sulla capacità di disfarsi del maggior numero di beni (quando questa logica sarà sconvolta al punto che la potenza si fonderà sull'accumulazione dei beni, allora quella si sarà mutata in potere di tipo statuale o prestatuale appropriandosi di una parte del plusvalore del resto della società). Di piú: l'uguaglianza è qui individuata in negativo, come uguaglianza nel *non po-*

ter accumulare: uguaglianza, quindi, di un non-avere che rende possibile l'ineguaglianza delle volontà di potenza, coesistenti in quanto singole individualità.

Tutto ciò riassume il quadro generale degli scambi nella società primitiva. Quadro che il conflitto incrina, imponendo uno squilibrio e delle disuguaglianze che prima non esistevano.

In primo luogo, la stessa natura d'indeterminatezza delle leggi permette l'insorgere del conflitto, in quanto zona di variazione dell'intensità delle manifestazioni di potenza. Come dice Malinowski, soltanto la pigrizia, la negligenza, ecc., giustificano la rottura del contratto: il livello infrasimbolico fa irruzione in quello degli scambi. Qualcuno si appropria, in un modo o nell'altro, di un bene altrui. Che sia volontaria o no, questa azione rischia di essere avvertita dagli altri come un tentativo di rafforzare la propria potenza, ma senza contropartita simbolica (beni). Ciò equivale proprio all'inverso del ricevere un dono: chi agisce in questa maniera costringe la propria vittima a «fargli un dono», senza che a ciò segua una precisa obbligazione a rendere (per di piú, senza debito da rimborsare e senza possibilità di dare l'avvio a un sistema di debiti). Si ha un conflitto in quanto la vittima viene ad essere privata della propria capacità di scambiare, donare e dispiegare la propria manifestazione di volontà (a partire da quel bene di cui è stato «espropriato»).

Il contesto di emulazione degli scambi viene cosí a trovarsi sconvolto: la vittima percepisce il danno subito come l'espressione di un surplus di manifestazioni di potenze dell'aggressore, che a lui deriva da un'accumulazione di beni. A questo punto non può neutralizzare l'illegalità se non con un rafforzamento della propria potenza al di fuori di ogni referente simbolico: violenza in risposta a un primo atto, esso stesso avvertito come violenza ai propri diritti (alla volontà di dominio, nel reciproco sistema degli scambi). Esplode cosí il conflitto.

Si crea allora una situazione straordinaria nell'ordine sociale con l'interruzione degli scambi di beni, e il rischio del ricorso alla violenza fisica. A questa situazione segue subito un'altra, non meno eccezionale: l'instaurazione del procedimento giudiziario, mirante a ristabilire gli scambi.

Va sottolineato che il conflitto porta di colpo l'ingiustizia alla luce del giorno, nello spazio pubblico; e l'ingiustizia non è nient'altro che questo falso dono sottratto, senza contropartita, visto che indebolisce la posizione della vittima (che «dona») senza che chi riceve si senta in debito. Dono aberrante che elimina ogni possibilità di un controdono: qui si riduce il vero danno provocato dall'atto delittuoso, in quanto distrugge la reciprocità ed è incapace di fondare un ordine sociale.

5. *Il procedimento giudiziario.*

Lo scambio implica uno sradicamento, lo spezzarsi di un vincolo e la nascita di un nuovo vincolo: si dà la propria figlia e si accoglie la figlia di un altro in casa, si raccolgono i prodotti della terra per barattarli con beni che vengono da lontano. Ogni volta che si realizza una rottura essa rischia di disorganizzare la vita sociale. Lo scambio rappresenta un particolare momento in cui il tessuto della società si trova in una situazione di completo cambiamento, e durante il quale le altre attività sono sospese: gli scambi importanti sono addirittura accompagnati da cerimonie rituali. L'intreccio dei legami precedenti viene momentaneamente paralizzato, rendendo cosí possibile un nuovo regime di funzionamento di forze all'interno della comunità. Al momento dello scambio è recuperata e prodotta una certa energia da parte di ogni individuo o controparte, che l'accumula durante l'offerta dei doni. Alla conclusione dello scambio, l'energia rimessa in circolazione può essere indirizzata sul nuovo corpo sociale.

Momento precario e vulnerabile, reso ancora piú instabile dal contrasto di prestigi che provoca: tuttavia, a causa dei rischi di conflitto che una tale situazione implica, i divieti rituali rendono piú forte la pressione sociale. Gli scambi cerimoniali rappresentano cosí un duplice processo di rottura e di ristabilimento dei vincoli, sia a livello dei beni sia a quello delle volontà di affermarsi. Nel regime di funzionamento di questi due fattori, possono risultare quattro situazioni principali: 1) scambi di beni, equilibrio nel dispiegarsi delle volontà: è la normale pace sociale; 2) scambi di beni, arresto nella manifestazione delle volontà: scambio cerimoniale di natura agonistica; 3) nessuno scambio di beni, nessuna possibilità di affermarsi da parte delle volontà di potenza: isolamento, conflitto; 4) nessuno scambio di beni, contrasto di volontà di dominare: guerra.

Al contrario degli scambi di tipo rituale che rinnovano un vincolo volontariamente spezzato senza che mai si abbia la separazione e l'isolamento che implica il conflitto, il procedimento giudiziario presuppone una interruzione reale degli scambi e mira a ristabilirli partendo da questa situazione. La giustizia si configura cosí come un meccanismo correttivo della sospensione non prevista degli scambi, che si situerebbe fra il punto 3 e il 4: in periodo di pace, si cercherà di ristabilire i rapporti in altro modo che con uno scambio di beni – servendosi delle volontà di predominio, che verranno «scambiate» in una sorta di rituale agonistico. Situazione inversa a quella del punto 2: scambio di volontà di potenza secondo le modalità dello scambio di beni, con blocco degli scambi materiali. È il caso, come si vedrà in seguito, dei duelli canori degli Eschimesi.

Due osservazioni preliminari: questa prima idea di funzionamento della giustizia dimostra che essa ha come scopo quello di riprendere gli scambi, ristabilendo il vincolo spezzato a livello delle volontà di potenza. Il procedimento giudiziario incide soprattutto su questo livello. Si tratta di ricostituire il vincolo che sottende la possibilità degli scambi, riallacciando i rapporti interrotti. Ciò significa che l'attività della giustizia consiste pertanto nel ricreare questo spazio d'indeterminatezza nel cui ambito si esprime ogni volontà individuale di potenza: ne deriva una condizione essenziale della giustizia primitiva, «salvare la faccia», difendere l'onore delle parti avverse, e in particolare di quella che è in torto. Se l'esito del procedimento giudiziario fosse il disonore, il vincolo spezzato non potrebbe essere ricostituito (e ciò accade quando il procedimento fallisce, sfociando nella guerra; o anche nel caso di quei delitti che esigono la morte o il bando per permettere che il vincolo si ristabilisca).

La seconda osservazione concerne lo spazio della giustizia. Si comprende ora

la necessità di ritagliare un ambito particolare all'interno dello spazio comunitario (e che diverrà quello riservato ai tribunali). Se il procedimento giudiziario o protogiudiziario corrisponde a una sorta di scambio cerimoniale agonistico in cui però il ruolo dei beni e delle volontà di potenza è invertito, esige necessariamente uno spazio per cosí dire «rituale», ma privato delle valenze religiosa o magica delle cerimonie magico-religiose. Questo spazio sarà contemporaneamente «profano» e del tutto differenziato dal rimanente spazio comunitario. Sarà caratterizzato da una gravità desacralizzata, dell'ordine di un «mistero non religioso». È predisposto proprio perché vi si celebri una cerimonia in cui attori e forze sono, come dice Malinowski, «sprovvisti di ogni carattere mistico»: le volontà individuali di potenza che normalmente trovano espressione nello spazio pubblico.

L'analisi del meccanismo protogiudiziario in vigore presso gli Eschimesi conferma questi risultati.

La società eschimese si avvale di diversi modi di procedere – varianti secondo i gruppi – per regolare i litigi: la vendetta, i corpo a corpo, o le lotte a forza di percosse e schiaffi. Spesso le percosse e gli schiaffi si accompagnano a un'altra usanza che può d'altra parte esistere autonomamente: i duelli di canzoni. Le armi che vi si impiegano sono le parole, «taglienti | Come le schegge di legno che io | produco con l'ascia». I duelli regolano ogni sorta di litigi, tranne gli omicidi.

Ecco una situazione conflittuale che è sfociata in un duello di canzoni: E. aveva sposato la moglie divorziata di K., un uomo avanti negli anni. Una volta che la donna se ne fu andata, K. volle riprendersela con sé. Ma non essendo E. disposto a cedere, ebbe luogo il duello (generalmente i duelli vengono decisi da una sfida, lanciata da una delle parti in causa). Ed ecco l'esordio:

K.

Adesso tirerò fuori delle parole: piccole, parole taglienti
Come le schegge di legno che io
produco con l'ascia.
Una canzone dei tempi antichi: un soffio degli antenati
Una canzone di desiderio, per mia moglie.
Un impudente, deforme con la pelle nera me l'ha rubata,
Ha cercato di renderla meno pregevole.
Un miserabile mascalzone che ama la carne umana,
Un cannibale dei tempi della carestia.

E. rispose in sua difesa:

Insolenza che toglie il respiro
Che risibile arroganza e che sfrontataggine.
Che bella canzone satirica! Essa vorrebbe far ricadere la colpa su di me.
Tu vorresti mettere terrore nel mio cuore!
A me che non temo neppure la morte.
Ehi! Tu stai cantando della mia donna che per te era una serva.
Tu non eri cosí amorevole allora: essa era molto sola invece.
Tu hai dimenticato di valorizzarla nelle canzoni, nelle difficili contese canore.
Ora essa è mia.
E non andrà piú a visitare cantando, dei falsi amanti.
Traditore di donne in case di estranei [Hoebel 1954, trad. it. pp. 143-44].

Il contrasto può continuare per ore, a volte per anni: «Colui che riuscirà ad essere applaudito con maggior calore sarà il vincitore del duello. Ma il vincere non comporta nessuna riparazione effettiva. L'unico risultato è dato del prestigio che uno ne può ricavare» [*ibid.*, pp. 141-42]. Hoebel afferma che «i duelli di canzoni sono dei veri e propri strumenti giuridici. Uno dei due litiganti, infatti, riesce sempre ad ottenere un suo "giudizio" favorevole; resta comunque il fatto che non vi è nessun tentativo di amministrare la giustizia secondo dei diritti o facoltà fissati in un *corpus* di diritto sostanziale. È sufficiente invece che i litiganti si sentano piú sollevati, e che una volta messa a tacere l'accusa si ottenga una certa soddisfazione psicologica, perché venga ristabilito l'equilibrio. Questa è la giustizia come la concepiscono gli eschimesi e cosí com'è basta a soddisfare le esigenze della loro società» [*ibid.*, p. 148].

Ciascun improvvisatore cerca di far ridere il pubblico – con smorfie, scherzi, beffe – a danno dell'avversario; ma le accuse «d'incesto, bestialità, omicidio, avarizia, adulterio, insuccesso nella caccia o di mancare di forza virile, d'avere una moglie che porta i pantaloni» [Gluckman 1965, p. 304] possono non essere vere – tutto può essere utile a rilanciare il contrasto. Questi duelli seguono certe regole di cui una è non mostrarsi mai offeso dalle parole dell'altro: non si può vincere se si appare suscettibili; e un'altra è non fare mai riferimento a motivi di risentimento personale: non si tratta di lagnarsi, ma di accusare.

Il controllo che queste regole vengano osservate spetta al pubblico, come gli spetta pure la decisione finale, che si delinea progressivamente come conseguenza dell'appoggio sempre piú deciso accordato al futuro vincitore.

A proposito di queste regole Gluckman, criticando l'interpretazione di Hoebel, scrive: «È possibile che la verità e l'esattezza [delle affermazioni fatte dai contendenti] riscuotano l'appoggio del pubblico, come pretendeva Hoebel? Allora le canzoni dovrebbero punire colui che non abbia rispettato questa regola, obbligandolo a perdere il contrasto» [*ibid.*, p. 306]. Ora, come si sa, le esagerazioni, le false accuse sono ammesse. Il verdetto non dipende dalla valutazione delle testimonianze per stabilire la verità. È altro che importa maggiormente agli Eschimesi.

Le regole menzionate costringono il duello a svolgersi a livello del discorso – retto da forze, in particolare dalla forza di non cedere alla violenza (suscitata dagli attacchi verbali, le false insinuazioni, gli insulti) o alla suscettibilità: bisogna mostrarsene superiori. E il combattimento non si conclude con l'annientamento o l'umiliazione del perdente: tutti gli autori insistono sulla buona armonia, l'atmosfera gioiosa che regna alla fine dello scontro, il quale si chiude con un pasto comune.

Il conflitto, in questo caso, aveva avuto inizio da una contestazione a livello degli scambi di beni (un ex marito che vuole impedire il matrimonio della ex moglie con un altro) che provoca una incrinatura a livello delle volontà di potenza. Una volta spezzato il vincolo fra queste, il sistema degli scambi non può piú funzionare: questo sistema simbolico dipende ora dalla non-circolazione delle forze. Dunque, in situazione normale è il sistema degli scambi a regolare la distribuzione e la circolazione delle volontà di potenza nel campo sociale. Dal

momento che gli scambi di beni (di donne), in questo caso interrotti, non possono piú rimettere in movimento il sistema in cui si esplicano le volontà di predominio, si cercherà un sostituto ai «beni»: questo sarà rappresentato dalla parola che, peraltro, porta in sé le volontà di potenza. Si scambieranno, dunque, parole, «scambiando» tuttavia anche volontà di potenza, facendole circolare in forma pacifica.

Durante il duello ogni accusa porta con sé il desiderio di far inclinare la bilancia dalla propria parte: prova di forza tra gli avversari che vogliono, di volta in volta, imporsi in quanto espressione della comunità. Cosí si scambiano volontà di potenza, scontrandosi le une con le altre sotto forma di parole (rimproveri, insinuazioni, allusioni). La circolazione delle volontà di potenza, grazie all'istanza comunitaria dello spazio aperto e della presenza del pubblico, poco per volta si ristabilisce. Avendo trovato uno sfogo alla collera, al rancore e al risentimento nelle parole, nel canto e nel riso, si è svincolato il piano simbolico (dei beni, causa del conflitto) da quello delle volontà di potenza (affetto). Pertanto, la circolazione infrasimbolica può riprendere a funzionare, dal momento che la causa del suo arresto (un'ineguaglianza, un'«ingiustizia» negli scambi) è rimossa a livello simbolico grazie a parole e canti tenuti in conto di beni, in una logica del tipo di quella che presiede agli scambi di beni.

Il riso e la derisione contribuiscono attivamente allo svolgimento del duello, «disarmando» le volontà di potenza, privandole della violenza bruta, per liberare l'autonomia del simbolico (e del linguaggio che rischia ogni momento di essere contaminato, sopraffatto da un eccesso di collera o di sentimento): la derisione a freddo opera la separazione fra i due livelli, nel momento stesso in cui sono confusi insieme dai sarcasmi delle canzoni. A conclusione del duello, torna ad essere possibile lo scambio perché il vincolo fra le volontà di potenza è reintegrato, ri-collocato all'interno della loro circolazione comunitaria: pace suggellata sul piano simbolico dei beni dal mangiare o dal fare festa tutti insieme.

Rituale desacralizzato, questa regolamentazione dei conflitti è un buon esempio di meccanismo protogiudiziario. A prenderlo come modello originario della giustizia, questo comporterebbe due aspetti essenziali: il ristabilimento della circolazione delle volontà individuali di potenza nel sistema comunitario; la ripresa del sistema degli scambi, interrotto da un conflitto definito.

Va da sé che questi due aspetti sono essi stessi in rapporto tale che il primo determina il secondo. È ciò che risulta nettamente se si affronta la questione dal punto di vista dei «diritti».

Le norme primitive non fissano diritti, nel senso in cui codifica il nostro diritto. Si applicano solo a zone determinate dei comportamenti sociali (corrispondenti a diversi tipi di diritti); e non rappresentano un modello a cui le condotte individuali debbono uniformarsi, e che renderebbe possibile l'esatta valutazione degli scarti dalla norma. Al contrario: un'altra conseguenza dell'esistenza di uno spazio di indeterminatezza concesso da queste norme è l'impossibilità di una interpretazione univoca e rigida delle loro prescrizioni. Di qui deriva quella caratteristica che ha molto colpito certi antropologi del diritto: l'elasticità, l'indeterminazione delle norme primitive che permette la loro utilizzazione nelle situazioni piú svariate, caratteristica che contrasta con il dogma della certezza della legge nelle nostre società moderne. Se la norma primitiva non fissa rigidamente i diritti, con quale mezzo si sono affermati in modo concreto e preciso? Grazie alla volontà di potenza (che si esprime con certi segni, e in particolare con la parola nel procedimento giudiziario) che si poggia sull'evocazione delle norme consuetudinarie.

Da notare che l'incertezza di queste ultime, e di conseguenza il margine d'indeterminazione che lasciano, permettono allo stesso tempo il dispiegarsi delle volontà di potenza e l'espressione della parola. Questi attributi delle regole del diritto primitivo, peraltro, non sono che il risultato dell'assenza di scrittura: le norme non scritte vengono espresse, affermate nel corso del procedimento giudiziario. Questo è talmente vero che, come dimostrano recenti analisi di procedimenti giudiziari in comunità africane, dotate tuttavia di un potere statuale e di tribunali, le norme invocate nel corso del processo servono a veicolare immagini di «buon comportamento», utilizzando ciascuna delle parti avverse le stesse regole per affermare diritti differenti e addirittura contrapposti [cfr. Comaroff e Roberts 1977, p. 104]. I giudici pronunziano la sentenza imponendo il proprio modello, ma resta il fatto che è possibile costruire modelli differenti con il medesimo insieme di norme; questi modelli particolari sostengono i diritti di ciascuna delle parti in causa, e non lo fanno che una volta costruiti. E questi diritti individuali sono sostenuti da discorsi, e rivendicati da volontà di potenza.

In breve, il sistema di norme nella società primitiva fissa dei diritti individuali solo nella misura in cui essi aprono uno spazio all'espressione delle volontà di dominio. L'immagine di un *corpus juris* orale e rigido, imperativo e categorico, è incompatibile con la realtà dei procedimenti giudiziari nelle società prive di organizzazione statuale. Al contrario, le loro regole sono elastiche in quanto sono orali, e fissano (non esprimendoli) i diritti individuali solo nel momento in cui una forza singola li rivendica.

La giustizia primitiva, certo, reintegra ciascuno nei propri diritti; ma piuttosto che di diritti «formali» o particolari – economici, morali, familiari – si tratta dei diritti tesi all'affermazione delle volontà di potenza che sono in gioco in ogni caso controverso. Che cosa fa la giustizia, ricostituendo il rapporto sociale spezzato, se non accordare alla vittima la possibilità di riprendere gli scambi, far contrarre debiti nei propri confronti da parte di altri, dato che la sanzione rappresenta l'opposto dell'assenza di debito, che è all'origine del conflitto. Il conflitto implica un aggressore che accumula beni e potenza senza sentirsi obbligato a ricambiare (senza debito nei confronti della propria vittima): la giustizia correggerà questo movimento invertendone l'orientamento, ristabilirà l'uguaglianza a tutti i livelli: rimborso a livello dei beni (o una pena, un'ammenda, per i «danni»), sanzione a livello delle volontà di potenza (il dolore, come si vedrà piú avanti, sostituisce il debito inflitto, o, nel contenzioso moderno, ciò che si concreta negli «interessi»).

Se le cose stanno in questo modo, se la giustizia è anzitutto il diritto di dispiegare la singola volontà di potenza – diritto che dipende, beninteso, dal funzionamento globale delle volontà nella comunità secondo il sistema ugualita-

rio degli scambi – non incide sulla formazione stessa del rapporto sociale? Dopo l'esempio dei duelli di canzoni eschimesi (altri sarebbero altrettanto rivelatori), il procedimento giudiziario sembra condensare in sé l'immagine originaria di questo rapporto. Se la giustizia ricostituisce vincoli sociali che presentano la stessa solidità (o la stessa fragilità) di prima del conflitto, non è perché essa mette in movimento i meccanismi originari del rapporto sociale generale? Altrimenti, come potrebbe fare, se non assumendosi il compito di riedificare questo legame?

Tutta l'analisi di Gluckman [1965, capp. V, VI, VII] delle diverse procedure nella regolamentazione dei conflitti nelle società primitive, e in particolare la sua interpretazione dei duelli in uso preso gli Eschimesi, tende a dimostrare che i litigi contrappongono in generale avversari che occupano ben precise posizioni nel sistema di parentela o nella struttura dei gruppi sociali. La frequenza di certi tipi di conflitti in base a alcuni rapporti, e la loro assenza in base ad altri, spinge a credere che vi sono linee preferenziali per i conflitti, direzioni piú fragili di altre nei rapporti sociali. Non si dà il caso di un rapporto spezzato qualsiasi, di un conflitto qualsiasi, dal momento che qualsiasi vincolo non è genericamente sociale (può essere fondamentalmente legame religioso o familiare, ma non, in primo luogo, principio regolatore degli scambi sociali). È forse questa l'idea che informa il testo di Malinowski il quale identificava il «diritto civile» primitivo con le regole sociali di reciprocità; avvertiva l'autonomia di questo ambito nei confronti della consuetudine e del diritto penale, l'autonomia del sociale. Certo, *Crime and Custom* tiene in poco conto il procedimento giudiziario; ma nella misura in cui il diritto abbraccia l'insieme di queste norme a cui il procedimento giudiziario fa ricorso per ricostituire il tessuto sociale, l'accostamento con la giustizia va da sé.

Questo accostamento è in grado di fare una qualche luce sul classico problema della funzione sociale della giustizia, in particolare nei suoi rapporti con il potere.

Il potere politico vuole imporsi e imporre rapporti sociali come se fossero generici; la giustizia è l'espressione del rapporto sociale generico nella stessa misura in cui il meccanismo grazie al quale si esercita, è generico per quanto concerne il rapporto sociale. Si comprende come la giustizia non possa mai raggiungere il proprio scopo in una società in cui il potere è tutto accentrato nell'organizzazione statuale, – quando si sa che questo scopo – e cioè affermare i diritti di ciascuno a manifestare liberamente la propria volontà di potenza – non può essere conseguito per il fatto che lo Stato si edifica impadronendosi e assorbendo energie (soltanto lo Stato detiene il diritto di dispiegare la propria forza). L'amministrazione della giustizia evidentemente dipende dal potere politico, il quale condiziona l'organizzazione sociale, introducendovi una gamma svariata di squilibri, che la giustizia, sottomessa allo Stato, cerca di controbilanciare, pur continuando a salvaguardare il funzionamento globale di questa società che «serve» anch'essa lo Stato. In questo caso (nel caso di un potere tirannico che impone un ordine sociale ingiusto), l'apparato giudiziario contribuisce al miglior funzionamento possibile (senza conflitti e senza ostacoli) di questo regime, per quanto possa puntualmente operare secondo «la giustizia».

Per comprendere bene le articolazioni di un tale sistema sociale – equilibrato nello squilibrio; ammettendo una giustizia insieme giusta ed ingiusta – bisognerebbe tener conto del tipo di potere politico che lo dirige. È importante chiarire a questo punto un altro problema: sembra che l'ideale di giustizia non comporti elementi ideologici. Pare che all'interno di tutte le dottrine giuridico-politiche elaborate per giustificare questa o quella concezione della giustizia, che altrimenti si rivelerebbero espressioni di un regime politico o di una classe sociale particolare, si nasconda ben altro che discorsi ideologici; sembra che la nozione stessa di «giustizia» opponga resistenza alla sua completa dissoluzione nell'ideologia. Come spiegare, per esempio, questa ostinazione nel rivendicare «la giustizia», quando, in un certo senso, la storia dei sistemi giudiziari ha coinciso con quella della loro disfatta, soprattutto di fronte alle imposizioni del potere? Dove ha origine la perennità dell'esigenza di giustizia?

Dal fatto che «per sua natura», per sua intima vocazione, è preposta all'organizzazione del rapporto sociale, rapporto giusto perché fa dell'uomo un essere sociale. L'esigenza di giustizia, lungi dal fondarsi in un diritto naturale, o nel diritto positivo, trae origine dall'affacciarsi dell'uomo alla società: i procedimenti protogiudiziari di certe società prive di organizzazione statuale non sarebbero che un aggiustamento dei meccanismi all'inizio della formazione delle relazioni sociali. È dall'articolazione natura/società che trae origine la giustizia.

Tutta la letteratura filosofico-giuridica è unanime su questo punto: dal *Gorgia* di Platone fino a Locke, Rousseau, Nietzsche, la problematica della giustizia ruota attorno all'articolazione natura/società, o forza/diritto. E come intendere se non in questa prospettiva l'osservazione di Marx secondo cui la classe borghese, divenuta nel XVIII secolo portatrice degli ideali di giustizia della società intera, si poté identificare per un istante con l'immagine stessa dell'umanità? Ciò va inteso in questo senso: dal momento che la giustizia è fondamentalmente generica per quanto concerne il rapporto sociale, coloro che la difendono contro le oppressioni possono, in certe situazioni, apparire come modelli per tutta la società. Ma per una strana ironia, è proprio ciò che nella giustizia oppone maggior resistenza all'ideologia che favorisce la produzione dell'ideologia in altri ambiti (in particolare quello politico).

Ma la giustizia non è immanente alla società; in quanto dispositivo atto a correggere squilibri, non si limita ad essere una semplice cinghia di trasmissione nel sistema degli scambi; deve poter contrapporsi, e controllare la causa del conflitto – in breve, deve farsi valere con una certa autorità. Questa seconda caratteristica la trasforma in un dispositivo *protopolitico*.

Cosí, nella misura in cui la giustizia è un dato generico del funzionamento di ogni ordine sociale, essa si approssima all'organizzazione sociale stessa; e nella misura in cui è un correttivo di questo ordine, essa si approssima al potere politico. Si colloca dunque fra l'organizzazione della società e le istituzioni politiche.

La natura protopolitica dell'apparato giudiziario fa sí che, spesso, la rivendicazione di giustizia si confonda con quella di un controllo sul potere. Di piú: le aporie del pensiero giuridico sul tema giustizia-politica ne traggono origine.

In particolare: il problema di sapere se non esiste una giustizia svincolata dal potere politico; se la «vera» giustizia deve (o può) contrapporsi eventualmente al potere dello Stato; se è possibile equilibrare il potere politico con quello giudiziario; se i magistrati possono basarsi sull'«equità» piuttosto che sul «diritto» per emettere le sentenze; e come fornire alla giustizia tutti i mezzi di cui ha bisogno (rapporti con la polizia, per esempio) senza ledere gli interessi dello Stato.

Questi problemi riguardano, in realtà, l'organizzazione sociale nel suo complesso e il posto riservato all'apparato giudiziario. Essi risalgono a tre cause: alla natura della giustizia in quanto generica riguardo al rapporto sociale; ai suoi meccanismi protopolitici; infine, al rovesciamento operato nel suo funzionamento dall'emergere dello Stato.

6. *Giustizia e terapia.*

La descrizione della logica che regola le forze individuali nei duelli di canzoni con, soprattutto, il ruolo che vi gioca il libero sfogo delle tensioni emotive, potrebbe far dubitare dell'autonomia dell'ambito giudiziario, nella sua organizzazione primitiva. Si tratta di giustizia o di terapia collettiva in una sua variante? D'altra parte, certe istituzioni destinate alla composizione di conflitti sembrano applicare cosí fedelmente i principî della teoria psicanalitica che ispirano la psicoterapia – come nel caso delle assemblee di villaggio (*moot*) dei Kpelle della Liberia [Gibbs 1963] – che diventa necessario distinguere con esattezza il procedimento terapeutico da quello giudiziario. Compito che esige la comparazione dei due procedimenti che rischiano di occultare ciò che li differenzia.

Si possono classificare le affinità in due categorie: 1) In relazione allo scopo: sanare un conflitto (rispettivamente intraindividuale nella terapia e infraindividuale nella giustizia), impedendo che questo degeneri (morte e guerra); piú in generale, guarire il corpo dell'individuo e il corpo della collettività dai mali che li minano. 2) In relazione ai mezzi: l'impiego nell'uno e nell'altro caso di metodi molto simili, come la liberazione di energia repressa e l'abreazione [cfr. Lévi-Strauss 1949]; presenza della collettività; il ruolo dello sciamano e del mediatore (che può assumere piú funzioni: conciliatore, arbitro, semplice intermediario, ecc.) che si addossa la violenza del conflitto.

Per quanto concerne le differenze, si partirà dalla piú evidente: mentre la terapia impiega il sociale per venire in aiuto all'individuo, la giustizia utilizza gli individui per «curare» il sociale. L'oggetto della terapia è l'individuo, quello della giustizia un rapporto sociale.

In altre parole, l'oggetto della giustizia è il sistema delle relazioni sociali che si incrina in qualche sua parte, determinando il «corpo malato»; in compenso, la terapia si occupa del corpo del singolo individuo, la cui malattia si traduce nell'impossibilità di continuare a servire da supporto agli scambi simbolici (nel suo ruolo di infralingua [cfr. Gil 1978*b*], paralizzato dalla malattia, somatica o psichica). L'obiettivo sarà dunque quello di permettere al corpo di esercitare

nuovamente questo ruolo, ricodificando le forze che vi si manifestano al di fuori dei codici.

Il procedimento giudiziario, come si è visto nell'esempio eschimese, sembra seguire lo stesso itinerario: liberazione di energie fino ad allora represse, e poi «codificazione» di queste forze. Ma ecco che sorgono delle differenze: mentre la codificazione del corpo individuale implica sempre una speciale fase di *trance*, il procedimento giudiziario (pur considerando tutta la drammatizzazione che l'accompagna) non ne ha bisogno. La *trance* permette al corpo di ripercorrere il tragitto natura/cultura, in modo da poter ricollegare i due livelli, tornando a rappresentare il perno del concretarsi di tutti i codici simbolici; eliminando gli ostacoli sociali (culturali) che reprimono le energie, la *trance* (nel caso di una cura rituale) ripristina la circolazione delle forze individuali in un corpo che ha rinnovato il suo accesso alla cultura. Nel caso della giustizia, avviene l'inverso: si levano ostacoli individuali perché possa di nuovo circolare l'energia sociale (che, a sua volta, renderà possibili gli scambi). La terapia presuppone la cultura; la giustizia riproduce la formazione dei vincoli che fondano la cultura.

Nei due casi, si codificano cose differenti: rispettivamente, energie intracorporali ed energie intercorporali. La drammatizzazione che accompagna il procedimento giudiziario equivale a un immergersi, ma in modo limitato e controllato, in un rapporto «naturale» di lotta, di scontro di forze brute. Non si ha *trance* né sortilegio, poiché si tratta di rinnovare una relazione tra due soggetti; il percorso che simbolicamente conduce alla soglia delle ostilità armate è quello di un rapporto – e non di due soggetti separati che, ripercorrendo ciascuno per conto proprio l'itinerario natura/cultura (come in certe cure o riconciliazioni grazie alla *trance* collettiva), si ritroverebbero con due corpi guariti capaci di comunicare socialmente.

Schematicamente, si possono distinguere i due tipi di percorsi che le energie effettuano nei due casi:

Terapia: corpo individuale → corpo naturale → corpo individuale ricodificato.
Giustizia: rapporto sociale → rapporto naturale → rapporto sociale reintegrato.

Benché i due itinerari comportino tappe omogenee, nella sostanza differiscono considerevolmente. Il meccanismo giudiziario agisce a un livello molto piú superficiale, molto meno profondo di quello su cui si muove la terapia; quando raggiunge il suo scopo (quando cioè non sfocia nella guerra), non si verifica mai una reale decodificazione del rapporto sociale: la giustizia, in quei procedimenti in cui piú si avvicina alla terapia, «gioca» a contrastare la violenza all'interno di di uno spazio sempre culturale; la terapia invece arriva fino alla soglia della cultura. Ciò dipende chiaramente dagli strumenti a cui l'uno e l'altro fanno ricorso.

Come il comportamento patologico non può essere colto grazie al solo linguaggio comune, lo sciamano utilizza una lingua esoterica, un mito o una leggenda. Nel confronto davanti alla giustizia, gli avversari non oltrepassano i limiti della lingua usuale, il corrispettivo del discorso peculiare dello sciamano si riduce qui a un fiotto di insulti, insinuazioni o accuse. Il conflitto – che può trasformarsi in delitto nel corso del processo – implica uno scarto da un certo mo-

dello di comportamento sociale (come lo determina il giudizio). La giustizia non cerca le cause del conflitto, indagando sul perché si sia potuto verificare, ma cerca di individuare nella concatenazione dei rapporti quello che con il suo spostamento, squilibrio o frattura ha potuto provocare lo sconvolgimento dell'intera catena; poi, ricollegando i suoi anelli nel loro ordine, rende intelligibile l'intera vicenda (ciò che, in Occidente, diventerà l'«istruttoria»). Per la giustizia conta di piú ristabilire le relazioni là dove si interrompono, che estirpare il male alla radice. Perché? Perché sul piano della giustizia, non vi sono radici da estirpare; perché sul piano del rapporto fra gli scambi simbolici e le volontà di potenza, sul piano del rapporto sociale, manca spessore (contrariamente al piano del metalinguaggio nel suo nesso con il corpo – piano su cui opera il terapeuta). In quanto tale, il rapporto sociale è trasparente e immediato.

Se la giustizia dovesse ricercare le cause dei comportamenti delittuosi, si trasformerebbe in terapia, e il meccanismo giudiziario in cura individuale (o correzione: Foucault [1975] ha descritto questa tendenza della giustizia in Europa, a partire dal XIX secolo, soprattutto con il ricorso alle scienze umane). Il non prendere in considerazione con la dovuta profondità questa malattia sociale che si traduce in conflitto, significa, dunque, ammettere che la malattia sia parte integrante del corpo sano, che il comportamento delittuoso sia anche normale, e immediatamente comprensibile nella sua logica e nelle sue ragioni.

L'assenza di un linguaggio esoterico per individuare l'autore del delitto e la posta del conflitto (naturalmente nelle società prive di diritto codificato; tutto cambia con il «discorso della legge»), conferma questa idea: il corpo sociale non è malato, nel senso che la malattia appare sempre come un enigma da decifrare, un evento dal significato nascosto e segreto. Per riprendere i termini impiegati da Lévi-Strauss, la malattia implica una sovrapproduzione di significanti, in rapporto ai significati conosciuti. Egli ha dimostrato, in effetti, come il metalinguaggio dello sciamano offra punti di applicazione a questi significanti (i sintomi) privi di un corrispettivo concettuale. Al contrario, il conflitto di natura giuridica esplicita troppi significati (veicolati da troppe accuse contraddittorie, allusioni e rimproveri) per un numero insufficiente di significanti (indizi, prove). Il procedimento giudiziario si limita, su questo piano, a ricercare i significanti che mancano in base al confronto diretto degli avversari, alla valutazione e comparazione delle loro audizioni, come di quelle dei testimoni. Certo, il risultato che si propone la giustizia è identico a quello della terapia: la corrispondenza fra un numero determinato di significanti e i significati. Ma mentre la terapia mira a riferire i significanti (sintomi) ai significati (cause) grazie al discorso metalinguistico, la giustizia si sforza di eliminare dei significati, li esclude, li seleziona per isolarne solo quelli che ritiene pertinenti, in funzione dei fatti provati (significanti) nel corso dell'indagine. Si tratta di ridurre il numero di significati per farli rientrare nel discorso comunitario costituito (e non in un metalinguaggio): il bilancio conclusivo che rende intelligibile l'intera vicenda, il giudizio. La ricerca della verità, l'esame delle testimonianze e l'audizione delle controparti si comprendono in questa prospettiva.

I significati sono tutti espliciti, il problema dunque non è interpretarli, ma

al contrario espungerne dal senso dei discorsi. E questo spiega perché la drammatizzazione, che nei procedimenti protogiudiziari si osserva a volte dar libero sfogo a rivalità, è di tutt'altra natura rispetto alla *trance* terapeutica. La crescita e il consolidamento delle volontà di potenza nel corso del processo dipendono da un diverso tipo di «simbolizzazione».

In una monografia sul modo di comporre i litigi nello Chagga, Moore [1977] mostra come il conflitto trascini con sé tutto un complesso di eventi. Il modo in cui si intrecciano differenti parametri attorno al litigio determina il tipo di «simbolismo» che regola i mutamenti di significato subiti dal conflitto durante il processo. Se si distinguono due fasi, quella del conflitto vero e proprio e quella del procedimento giudiziario, si constata che nella prima fase non si esplicitano ancora le interrelazioni sociali in gioco. Ma la violenza che il conflitto racchiude in sé si intensifica progressivamente nel corso del processo, a mano a mano che ciascuno dei contendenti si svela come il «rappresentante» e il portavoce di un insieme sociale (gruppi familiari, d'amicizia, di solidarietà, di status sociali, d'età, di sesso, ecc.). Il processo rivela il modo in cui il conflitto rischia cosí d'istituzionalizzare degli sfaldamenti del sistema, che minacciano di turbare quelli già regolati dall'ordine sociale costituito; nuovi blocchi di alleanze rischiano di formarsi e di prendere il posto di quelle consolidatesi da tempo, contrastandole e minacciandole di distruzione (si è tentati di vedere in ciò l'interferenza di rapporti che cercano di affermarsi come rapporti sociali prevalenti, se non generali; l'insieme del gruppo che si schiera dalla parte di ciascun contendente preme perché venga accolta la propria legge di coesione interna dal blocco contrapposto, cioè dal resto della società).

Nell'ambito dell'assemblea di villaggio, il conflitto si generalizza, assumendo l'ampiezza di uno scontro tra fazioni. Condensa in sé, quasi per metonimia, la possibilità di altri conflitti: nel momento in cui il litigio si definisce, si focalizza, ogni contendente si trasforma in una specie di «rappresentante» dei blocchi sociali che ha determinato. Il conflitto non sta dunque a simbolizzare niente, ma comporta molteplici dimensioni, in quanto coinvolge strati, atteggiamenti, consuetudini del tutto divergenti. Ora, il veicolo che permette questo passaggio dalla violenza individuale a un piano sociale di confronto è il linguaggio; accompagna e al tempo stesso opera il trasferimento della violenza sul piano simbolico e normativo, che si attua nell'ambito giudiziario con il sorgere di blocchi di coesione.

Il tipo di «simbolizzazione» all'opera nel procedimento giudiziario distingue nettamente quest'ultimo dalla terapia. La drammatizzazione del processo, amplificando la violenza del conflitto, «decodifica» ciò che di solito è regolato da una norma sociale di comportamento: una norma, e non uno di quei codici simbolici che intervengono sul corpo durante il procedimento terapeutico. Certo, la ricostituzione del vincolo spezzato permetterà gli scambi di persone e di beni, che mettono in gioco strutture simboliche identiche a quelle che operano nella terapia; ma l'attività giudiziaria incide su quel livello piú superficiale del «simbolico sociale» che coinvolge gruppi, segmenti di parentela, istituzioni, status, e non va oltre.

7. *La sanzione.*

Tutto ciò fa risaltare la specificità della sfera giudiziaria come fenomeno sociale desacralizzato, profano. Si dirà che l'ambito penale comporta un simbolismo di tipo religioso o magico. Ed è vero; ma molto semplicemente perché questa sfera del diritto primitivo è profondamente impregnata di pratiche e rappresentazioni che provengono da altre aree del campo sociale: religiosa, magica, ma anche terapeutica e politica.

Tuttavia, anche in questa sfera, il carattere non-simbolico del vincolo spezzato, per quanto si possa «giudicare» l'atto che ha violato la norma, spesso si dissimula sotto le implicazioni religiose. Un rapido sguardo alle sanzioni proprie del diritto delle società primitive è, per questo aspetto, rivelatore: il tipo di pena inflitta e il ruolo che vi svolge il corpo chiariscono bene la natura del rapporto sociale infranto.

In genere, sia che si tratti di un reato «civile» sia di uno «penale», le società prive di organizzazione statuale sono dotate di dispositivi specifici, destinati ad assicurare l'applicazione della pena che comporta la trasgressione della norma: l'assenza di un organo esecutivo del genere dei tribunali esclude la possibilità di processi che condurrebbero a decisioni (sentenze) prese da terzi (giudici) e inflitte a forza a coloro riconosciuti colpevoli. Questi dispositivi sono d'altro tipo: per esempio, se tale reato è passibile di morte, la famiglia o il clan dell'imputato si assumono il compito dell'esecuzione – oppure è la vendetta o il suicidio.

Questo tipo di giustizia con le sue sanzioni deve essere garantito dalla forza privata (*self-help*, il cui dispiegarsi, tuttavia, è controllato da rigidi rituali di lotta o di applicazione delle pene), poiché non può fare affidamento su giudici con l'autorità di origine statuale per imporre i propri pareri: se vengo derubato, ho il diritto di riprendermi l'equivalente da chi mi ha derubato (del bestiame, per esempio, secondo l'usanza dei Nuer [cfr. Evans-Pritchard 1937]); i terzi intervengono solo in quanto mediatori il cui prestigio può far deflettere le volontà, facendo pesare la loro autorità sociale nelle negoziazioni (come l'uomo dalla pelle di leopardo, sempre presso i Nuer, che assolve funzioni rituali; o i *monkalun*, presso gli Ifugao, di cui Barton [1930; 1969] ha riportato esempi dell'influenza da loro esercitata nei compromessi); ma in nessun caso questi mediatori detengono il potere, che deriverebbe loro da una legge, di far valere le proprie decisioni in contrasto con i pareri delle parti in conflitto.

Due sono i tipi di sanzione che sembrano particolarmente interessanti: il primo tipo si concreta nel disonore che deriva da pubbliche imputazioni, e cioè accuse, beffe, scherno, disprezzo che colpiscono crudelmente chi ne è il bersaglio. Dispositivo punitivo di un'indubitabile efficacia, si riscontra in molte società primitive. Nell'esempio, già citato, che dà Malinowski, spinge al suicidio; si è visto il ruolo che svolge presso gli Eschimesi; «I Kapauku [Papua], per esempio, considerano la vergogna provocata dal biasimo pubblico, e che a volte può protrarsi per diversi giorni, di gran lunga la peggiore delle punizioni, eccetto la pena capitale» [Pospisil 1967, p. 38]. E l'inventario dei casi in cui opera sia come meccanismo di controllo sociale sia come sanzione coprirebbe la quasi totalità delle società tribali.

Si potrebbe prendere il biasimo pubblico per una di quelle «sanzioni intrinseche» [Nadel 1951] che scaturiscono dalla mancata osservanza delle norme di reciprocità: la sanzione è automatica, chi non si assoggetta piú all'obbligo di scambio rinunzia a un dono in contraccambio. Ora, questo tipo di sanzioni, proprie dei contratti, si accompagna per di piú a beffe e ingiurie, di modo che queste ultime appaiono piuttosto come dispositivo di aggravio d'una «sanzione intrinseca» che un esempio di sanzione stessa. La pena automatica è parte integrante del rapporto sociale, scaturendo direttamente dalla violazione della norma. Non si dànno, in questo caso, né interpretazione della legge, né discussione per determinare la giusta sanzione; mentre il biasimo pubblico, che in apparenza s'innesca automaticamente, esige in realtà delle condizioni ben precise, s'applica a ogni genere di trasgressioni, accompagna particolari processi giudiziari. In quanto dispositivo di controllo, piuttosto che automatismo, inerente al rapporto sociale, appare come una sorta di sanzione generalizzata, che si aggiunge all'interruzione della reciprocità. Peraltro, il suo carattere ritualistico o «formale», cosí come la sua essenza sociale (pubblica, non soprannaturale), ne fanno una sanzione propriamente giuridica [cfr. Redfield 1967, p. 15].

Ora, è chiaro che la vergogna non raggiunge il «corpo simbolico». Si è ben lontani da una geografia simbolica del corpo, volta a graduare la sofferenza fisica secondo la natura del reato, selezionandone gli organi su cui applicare la pena – obiettivo sovente perseguito dalla giustizia penale di certe forme di organizzazione statuale. In questo caso la sanzione colpisce l'orgoglio e l'onore, forze non simboliche, energie che collegano positivamente l'individuo alla società. La volontà di potere del corpo è cosí sfidata: ciò che controlla questa forza è anche ciò che le permette di affermarsi. Che il biasimo prenda di mira l'orgoglio non è il segno che il danno maggiore subito dalla vittima resta la perdita della possibilità di dispiegare liberamente la propria volontà di potenza?

Se si stabilisce la reciprocità quale fondamento dell'economia giudiziaria in materia di pene, si ottiene un meccanismo generale che rovescia la falsa reciprocità che si nasconde sotto il reato. La sanzione, cosí intesa, rappresenta piú di un semplice fattore di controllo sociale in virtú della sua intrinseca forza di dissuasione; contribuisce a creare una situazione che rende di nuovo possibili gli scambi.

Poiché la frattura ingenerata dal conflitto incide a due livelli – quello dei beni e quello dei debiti (volontà di potenza) – la giustizia cercherà, grazie allo strumento della sanzione, di riparare al torto fatto alla vittima a entrambi questi livelli. Porre rimedio ai danni equivale a riportare tutta la situazione allo stato precedente il reato (obiettivo, beninteso, che la sanzione non saprebbe realizzare da sola; altri meccanismi, come quelli incontrati nei duelli di canzoni, sono necessari).

Il danno «morale» inflitto alla vittima si somma al danno materiale, e dunque un risarcimento in beni non è sufficiente, poiché si limita a restituire alla

vittima l'equivalente di ciò che le è stato sottratto. Se si può approssimativamente stabilire il danno materiale, è ben piú difficile calcolare quello morale; tanto piú che il danno materiale non va mai disgiunto da un elemento di soggettività pressoché impossibile da valutare. Quando si tratta di volontà di potenza, ogni referente tangibile, che potrebbe risultare determinante ai fini di un raffronto tra danno subito e danno da infliggere (risarcimento), si vanifica, di modo che risulta inutile voler stabilire pene adeguate a ciascun reato, diversificate secondo il ventaglio dei danni causati a livello delle volontà di potenza. Per rendere possibile una qualche equa combinatoria di pene e reati, sarebbe necessario, per surrogare questo referente, qualcosa che attinga al livello della volontà di potenza, ma che nello stesso tempo equivalga al danno subito sul piano dei beni; qualcosa di eminentemente soggettivo per permettere un adeguamento alla volontà individuale di potenza, e di sufficientemente soggettivo per permettere un adeguamento al danno materiale. Questo qualcosa, la giustizia l'ha individuato in un corrispettivo generale, contemporaneamente soggettivo e astratto: il dolore.

In effetti, il dolore inflitto al corpo ha delle peculiarità che gli permettono di essere applicato a ogni sorta di reati, dal momento che risulta sempre un danno che si può graduare quasi a proprio piacimento, nella quantità e nella qualità (essendo suscettibile di raccogliere in sé altri tipi di dolore – morale, sociale, affettivo). Colpendo direttamente la volontà di potenza dell'aggressore, limitandolo nel fisico e isolandolo socialmente, il dolore si assume anche la funzione di risarcire ciò che non ha potuto essere risarcito (il fattore soggettivo) nella riparazione dei danni materiali.

La reciprocità fondata sul dolore è negativa: si assomma al risarcimento materiale rappresentato dalla restituzione del valore dei beni. In altre parole, segue la logica esattamente inversa a quella del reato: l'aggressore si appropria di un bene mentre colpisce l'onore (la capacità di far contrarre un debito) della sua vittima. Il risarcimento imposto dalla giustizia comporta, oltra al valore equivalente dei beni, il dolore inflitto che colpisce, a sua volta, la volontà di potenza dell'aggressore, ridimensionandola al livello sociale normale. La situazione conflittuale è ripristinata. Da notare che il meccanismo giudiziario non rimette in moto il sistema degli scambi (poiché segue il percorso inverso: ridurre a zero il sistema – indebito – degli scambi e dei debiti), ma ricostituisce il tessuto sociale che li rende possibili.

Il dolore assolve ad altre funzioni nell'ambito della punizione; ma in quanto compensa danni «morali», presuppone un certo intervento sul corpo da parte della giustizia. Anche in quelle prove che devono accertare la verità, quali le ordalie – in cui tutto il meccanismo giudiziario (ricerca di testimonianze, escussione, decisione, sanzione) si condensa in un solo atto –, le sovradeterminazioni simboliche che interferiscono lasciano sfuggire la natura non-simbolica dell'azione della giustizia sul corpo.

Le ordalie si fondano sul principio che il corpo innocente è immune dalla sanzione: insiemi di credenze magiche o religiose si intrecciano nella prova (per esempio: levare un ciottolo da un paiolo d'acqua bollente: il grado di ustione

della mano decideva dell'innocenza o colpevolezza dell'accusato; questa ordalia, praticata nell'Europa medievale, collegava l'acqua al diluvio e il fuoco al giudizio universale). In genere, l'ordalia dimostra che il corpo innocente possiede una forza superiore alla sanzione, che opera e si realizza solo in caso di colpevolezza. A questo punto solamente il dolore trasforma il corpo codificandolo (corpo insozzato, corpo corrotto, corpo demoniaco): diventa simbolo irrigidito e incapace di tornare ad essere centro vitale di energie (che sottendono i simboli, appunto). La colpevolezza precipita il procedimento giudiziario sul versante della punizione, mentre l'innocenza, sconfiggendo la sanzione, vanifica lo stesso procedimento e ricrea la situazione anteriore come se nulla fosse accaduto.

Questo esempio mette in luce un altro aspetto della sanzione, al di sotto delle differenti forme che assume, in quanto dolore fisico: tende a rovesciare il normale rapporto corpo / codici (sociali), sottolineandone il primo elemento in modo da trasformarlo in un oggetto (un bene). Nel fare ciò, la giustizia colpisce l'energia vitale del corpo, giungendo dunque al punto di volerla irrigidire, umiliare, annientare.

Michel Foucault [1975] ha mirabilmente descritto l'«esplosione di supplizi» che s'accompagnava alla giustizia reale. Egli vi vede l'effetto della vendetta del sovrano; ci si può domandare se, nel prolungare all'infinito le torture, in queste lente agonie dei corpi straziati a brano a brano, non vi fosse anche il desiderio di provare pubblicamente che i corpi colpevoli non erano piú in grado di servire a nulla, nemmeno a far funzionare i codici, stando a significare, questo dilaniare le carni senza rimedio (al contrario della rappresentazione del dilaniare nella terapia), l'impossibilità definitiva della ricomposizione, di una salvezza per l'anima la condanna dunque della vittima all'obbrobrio eterno, poiché non le è accordata piú nessuna possibilità di affermarsi, neanche nella resurrezione dei morti. Orrore del supplizio che strazia i corpi e che tutto distrugge, anche la potenza della morte.

Foucault mostra anche come la sanzione racchiuda in sé lo strapotere del sovrano. Osservazione, si direbbe, generalizzabile a ogni forma di giustizia nelle società a organizzazione statuale. Il piano delle volontà di potenza sul quale opera la punizione palesa lo strapotere dello Stato: tassa di sofferenza inflitta con i supplizi o con la detenzione carceraria, che si trasforma, a partire dalla fine del XVIII secolo, in sanzione universale, applicabile a tutti i reati sia di natura civile sia penale. Come ogni pena, la prigione riguarda quella sfera di indeterminatezza a cui il diritto positivo fa risalire l'origine delle volontà di potenza moderne: la libertà, quell'area, cioè, da dove lo Stato trae il sovrappiú di potere di cui ha bisogno per far valere la propria giustizia.

8. *Violenza e giustizia.*

Sanzione estremamente diffusa nelle società prive di organizzazione statuale, la rappresaglia consente anche la convergenza dei due piani, quello della valutazione soggettiva del danno morale e quello della stima dei danni materiali.

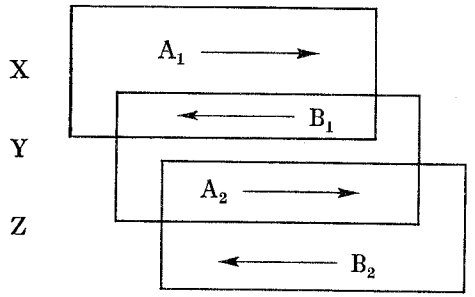
Nell'esercitare rappresaglie materiali (colpo su colpo) è la volontà di potenza, che ha subito il danno, a innescare il meccanismo di violenza portato sul piano dei beni. Ciò che un giudice cerca di stabilire attenendosi alla valutazione da parte della società, che priva del carattere soggettivo la pena inflitta a livello dell'onore per ricondurla a uno schema generale, le società senza organizzazione statuale lo attuano lasciando alla relazione di equivalenze simboliche il compito di stabilire la pena a livello delle volontà di potenza: i beni mediano la violenza, che rimane tuttavia la molla e lo strumento dell'applicazione della sanzione. Il risarcimento non è lasciato alla casualità dei criteri soggettivi, poiché si determina nella logica delle rappresaglie in cui la volontà di potenza offesa si riappropria per se stessa nell'azione (che obbedisce, in generale, a regole precise).

La guerra privata è cosí la risposta alla violazione di una norma. Il gruppo che ha subito l'offesa, scatena le ostilità e tutta la società si scinde secondo blocchi di parentela: questa dinamica della vendetta, cosí ben analizzata da Evans-Pritchard presso i Nuer, è propria delle società disgregate. Tra queste, l'esempio della società tradizionale corsa illustra bene l'economia giuridica dei beni e delle volontà di potenza.

I motivi di conflitto che provocano la *vendetta* possono essere molteplici, ma tutti rinviano all'onore: dalle semplici offese fino all'omicidio, passando per l'uccisione di animali o per la violenza sulle donne. La famiglia offesa nell'onore uccide un membro della famiglia nemica. La solidarietà di «sangue», che giunge fino al quarto grado, si identifica nella *vendetta* «trasversale», che è anche ereditaria, poiché il *debitu di sangue* si trasmette di generazione in generazione. Rigidamente ritualizzata [cfr. Busquet 1920], implica ogni sorta di obblighi cerimoniali, relativi al vestiario e all'alimentazione, gestuali, e presuppone anche un insieme organico di credenze magico-religiose. La *vendetta* non si blocca se non con un accordo formale tra le famiglie portate alla conciliazione da un mediatore *faiseur de paix* (*pacere*). Ma spesso non si interrompe mai, fino a che la logica delle rappresaglie ha provocato il completo sterminio delle famiglie.

Contrariamente a tanti altri tipi di *vendetta*, questa forma di «giustizia privata» in uso in Corsica non ammette risarcimenti in denaro, nessun «prezzo del sangue». Solo un omicidio cancella, in linea di principio, un altro omicidio. Tuttavia, l'assenza stessa di un risarcimento a livello dei beni presenta il rischio di uno slittamento indefinito delle ostilità. In effetti, ogni famiglia, non potendosi calare nella situazione dell'altra, non è in grado di percepire una qualunque equivalenza: ogni omicidio che subisce è un nuovo omicidio, che inaugura un nuovo ciclo di morte, e dato che non equilibra o compensa una sua stessa anteriore aggressione. Paradossalmente, si verifica un'enorme quantità di omicidi, perché non si ha una successione di fenomeni interdipendenti, ma una serie di azioni prive di connessioni: il colpo che A infligge per ristabilire l'equilibrio compromesso, B lo riceve come se fosse il primo; da ciò la sua risposta. Il debito («l'omicidio, o piú in generale l'offesa subita da una famiglia, costituisce una specie di credito nei confronti del gruppo familiare avverso» [*ibid.*, p. 90]) dà il via a un sistema negativo di scambi in cui non è mai possibile

pervenire a una situazione di equilibrio: ogni nuovo omicidio, destinato ad estinguere il debito d'onore (l'omicidio precedente), apre un nuovo credito. Cerchio infernale in cui i «doni» (i morti) non procurano potenza, ma la trasformano in violenza che via via si intensifica. Si costituisce cosí una struttura, che collega le famiglie «in ostilità», A e B:



X, Y e Z (che rappresentano le fasi della *vendetta*) si susseguono giacché le prime rappresaglie, che attribuiscono a B il conseguimento dell'equilibrio, contrassegnano un nuovo squilibrio per A, e costituiscono il primo atto di Y; e cosí di seguito. Ora, l'analisi dei riti e dei canti funebri in rapporto con la *vendetta*, mostra che vi si produce un fenomeno che si potrebbe definire «fascino della copia»: questa struttura implica la produzione di una doppia copia (A si avverte quale copia di B, e viceversa). E l'intervento del *pacere* consente a volte di interrompere questo rapporto duale omicida.

Apparentemente la *vendetta* è solo un meccanismo giudiziario difettoso, che rischia di slittare verso un massacro senza fine (e questa è, per esempio, l'opinione di Bohannan [1963]); tuttavia, la sua logica riproduce quella del procedimento giudiziario descritto precedentemente.

In effetti, i numerosi accordi di pace (*paci*) che interrompono le ostilità si accompagnano in genere a un vincolo: un uomo della famiglia che per prima ha ucciso (le donne, i bambini, i vecchi e i religiosi non possono essere oggetto di rappresaglia) deve sposare una donna della famiglia del morto. È questo una clausola sorprendente in una società in cui la norma di residenza è virilocale, che farebbe della *vendetta* corsa un dispositivo di selezione del sistema di alleanze [cfr. Desideri 1978]. Una seconda clausola accresce la sorpresa: la famiglia dell'omicida non solo deve scegliere una ragazza nella famiglia della vittima, ma deve pure farle la dote. Quali che siano le ragioni di queste clausole (che conciliano la tendenza endogamica della famiglia e la regola di esogamia), si constata che le controparti vi si adeguano, accettandole come giusta riparazione dei danni causati. E il principio di reciprocità che presiede alla logica giudiziaria, in questo caso impone che i legami infranti siano riallacciati con uno scambio di beni particolari, beni che daranno vita a nuove volontà di potenza: le donne. Cosí l'«onore» (la volontà di potenza individuale nel suo rapporto con la comunità) è reintegrato. È da rilevare che l'onore delle due famiglie è salvo, perché questa

«regola» che impone il matrimonio soddisfa entrambi i gruppi familiari (verrebbe a corrispondere al sistema di filiazione che sembra bilaterale, con una lieve flessione patrilineare). Il matrimonio generato dalla *vendetta* non soltanto ripara ai danni, ma dà origine a un nuovo blocco di parentela, unendo due famiglie nemiche.

Si effettuano contemporaneamente scambi di beni e volontà di potenza (in un meccanismo complesso, giacché la famiglia del marito, con il provvedere alla dote della sposa, assolve funzioni in precedenza attribuite ai membri di sesso maschile della famiglia che ha subito una o piú perdite): questa confusione tra i due piani corrisponde al ruolo simbolico del «sangue».

La «legge del sangue» comporta degli obblighi precisi da parte di alcuni membri della famiglia, in caso di *vendetta*; nozione polivalente, polisemica, in bilico fra corpo non simbolico (poiché designa il sangue «che scorre» in senso fisiologico) e simbolico ritualizzato (valori religiosi e magici del sangue), è prima di tutto un principio di classificazione: il «sangue» individua un blocco familiare che obbedisce a certe regole (di solidarietà in particolare, vale a dire di coesione), in certe circostanze, contrassegnando in questo modo degli insiemi sociali e degli eventi. In caso di conflitto, si produce uno sconvolgimento: le energie non simboliche (la violenza che si esplica negli omicidi) prendono il sopravvento sulla regolarità degli scambi simbolici. Per concepire questo sconvolgimento, per operare scambi a livello delle volontà di potenza, in particolare per cogliere come «scambio» ciò che è distruzione parallela di vite, si fa funzionare, grazie a un principio di classificazione che individua nella parentela dei blocchi privilegiati, il non-simbolico riconducendolo alle modalità del simbolico. Dando la possibilità alle volontà di potenza (legate dal sangue) di una articolazione sociale, di una ritualizzazione, di una quasi simbolizzazione, la «legge del sangue» realizza una prima traduzione di forze in energie socializzate. In ciò assolve una funzione specifica nell'economia della giustizia, poiché favorisce la circolazione e l'equilibrio delle volontà individuali di potenza mentre consente lo scambio di beni. Le clausole di matrimonio che pongono termine alle ostilità, si collocano esattamente nella linea di sviluppo di questo processo.

Il «sangue» innalza il corpo a livello di simbolo, pur limitando recisamente questo processo di simbolizzazione. La *vendetta* corsa cancella il male compiuto a due livelli: preserva l'onore delle famiglie e allo stesso tempo ripristina i vincoli e li rinsalda con matrimoni, cioè con scambi simbolici. In altre parole, l'istituzione giudiziaria è in questo caso intimamente compenetrata, confusa anzi, con l'organizzazione sociale: le sue regole sono quelle che presiedono al sistema degli scambi, e non si limita a risolvere il conflitto.

L'intervento del *pacere* è essenziale. La posizione che viene ad occupare nella soluzione delle ostilità mette in luce nuovi aspetti della funzione della giustizia nella società.

Per essere *pacere* (colui al quale si fa appello per realizzare un compromesso che ristabilisca la pace), bisogna soddisfare a certe condizioni: essere uomo d'onore; essere persona importante e agiata per davvero; avere una numerosa parentela; e aver fama di essere valoroso e di non esitare di fronte a un colpo

di mano [Rossi 1889]. Il carattere, la posizione sociale, l'importanza della famiglia, la reputazione di uomo coraggioso sono garanzie d'imparzialità e indipendenza.

Interviene in due tempi successivi (in un terzo momento, in caso di violazione della pace). Nella prima fase – i negoziati – in cui a volte prende il nome di *parolante*, il *pacere* assume il ruolo di mediatore, in quanto cerca di ottenere dal gruppo aggressore sacrifici che ritiene compatibili con il suo onore, e dal gruppo aggredito le soddisfazioni che il suo onore esige: ruolo «infinitamente delicato», che richiede discrezione e capacità diplomatiche. Nella seconda fase, quella dell'arbitraggio, le controparti (che si sono messe d'accordo) si rimettono completamente al *pacere*. I due gruppi gli accordano tutta l'autorità e tutta la libertà necessaria a metterlo in grado di giudicare ed emettere una sentenza. Rinunziano in anticipo a impugnare il giudizio stesso (che può condannare anche al bando, decretare la costituzione di doti, imporre matrimoni, ecc.). La sentenza è depositata in un «trattato di pace» (*pace*).

Se, dopo la stipulazione del trattato, una delle controparti ne viola le clausole, il *pacere* con tutta la sua famiglia dà il via a una nuova catena di *vendette* contro il *rompitore di pace* (chi ha spezzato l'accordo). Per bollare d'infamia quest'ultimo, si può anzitutto dar fuoco alla sua abitazione oppure procedere allo scortecciamento dei suoi castagni od olivi. L'ingresso del *pacere* nel meccanismo della *vendetta*, spiega il perché debba possedere una parentela numerosa e una reputazione di coraggio.

Il *pacere* viene cosí ad occupare una posizione ambigua, che assomma in sé le funzioni di mediatore, senza però averne l'autorità statutaria durante i negoziati, e di giudice dotato di potere esecutivo, nella seconda fase (in cui, a volte, prende il nome di *arbitratore*). L'istituto prevede un equilibrio tra le due funzioni: il *pacere* è investito di un potere reale solo una volta che sia stato stabilito l'accordo fra le controparti, accordo che naturalmente ha già in sé la sentenza del futuro arbitro. Ciò che il *pacere* riceve in piú come autorità, è la possibilità di esercitare rappresaglie in caso di violazione di pace; ma, ancora una volta, un dispositivo di contropotere gli impedisce di acquisire un potere permanente. Certo, nella misura in cui possiede, soprattutto per l'entità della propria famiglia, una forza notevole (sociale e guerriera), l'avversario esiterà a violare il trattato di pace; pertanto, divenuto anch'esso controparte, allo stesso titolo degli altri, nel conflitto (conseguenza del primo conflitto che, ad un tempo, prolunga e devia), si offre come bersaglio alla violenza omicida dell'altra famiglia.

Cosí l'istituto giudiziario evita di porsi al di sopra della società, e di trasformarsi, eventualmente, in istituto politico detentore di un potere esclusivo sul sistema di circolazione delle violenze individuali. Non è per caso che il divieto di ricorrere alla *vendetta* rappresenta sempre – in Corsica come altrove – una svolta nella storia giudiziaria delle nazioni: segna una tappa decisiva dell'edificazione dello Stato (o dall'imposizione del suo potere su popoli colonizzati).

La giustizia delle società prive di organizzazione statuale presenta un duplice meccanismo: l'uno che modera il predominio del potere politico; l'altro che cerca di favorirlo. Quest'ultimo (che fa del sistema giudiziario un'istanza proto-

politica) filtra e controlla le forze sociali desacralizzate, facilitando la nascita del potere statuale. (A questo proposito, la storia della Corsica può ancora servire d'esempio: è dall'istituto del *pacere*, trasformatosi in *giudice*, che derivano quei poteri politici che s'innestano nel tessuto della società corsa dell'XI secolo; il popolo delega il potere al *giudice* che se ne appropria e instaura un regime tirannico, in seguito viene rovesciato dalla popolazione, che costituisce un «governo popolare»).

La circolazione controllata delle volontà di potenza realizzata da procedure giudiziarie del genere della *vendetta* si presta assai bene a che un uomo o un gruppo la manipoli (e se ne impadronisca), sconvolgendone l'economia: le volontà di potenza non si esprimeranno piú se non sottomesse al potere, assecondandone gli scopi politici, alimentando la sua forza, muovendosi esse stesse secondo intrecci fissati dalle leggi statuali. Ma sempre – *idéologie oblige* – perseguendo scopi di giustizia.

L'istituzione giudiziaria non è che protopolitica: in quanto generica rispetto al rapporto sociale, è anche antipolitica e, per ciò, contraria alla realizzazione dell'accentramento del potere politico.

Antipolitica: risolvendo il conflitto, la giustizia immette di nuovo nell'organizzazione sociale le forze che si affrontavano. Il conflitto, su questo piano, non è altro che un duplice processo di disincentivazione (disimpegno) delle forze individuali disposte fino ad allora a collaborare tra loro e con le realtà sociali; e reimmissione diretta, violenta su altre forze (scontro). Il conflitto libera in tal modo delle energie, le rende disponibili (non codificate per gli scambi). Su queste forze agisce il procedimento giudiziario, facendo loro subire un processo di trasformazione il cui obiettivo è ridistribuirle secondo i circuiti sociali abituali, vale a dire rilanciarle nell'ambito sociale, costringendole ad impegnarvisi nuovamente. Obiettivo che equivale a impedire che queste forze si stabilizzino allo stato «puro» in cui si trovano, in modo da dominarle grazie a meccanismi atti al loro controllo e alla loro utilizzazione (meccanismi politici). Riallacciando il vincolo infranto dal conflitto, risolvendo quest'ultimo, la giustizia si contrappone alla formazione del politico e alla creazione di un suo spazio autonomo.

È il caso dunque di configurarsi il funzionamento dell'istituzione giudiziaria sotto due prospettive: cerca non soltanto di chiudere le falle che si aprono alla superficie della vita sociale, ma anche quelle provocate dal fatto di esistere. Rischi di frattura con la società, insiti nel divario che le separa. Il sovrappiú di potere che detiene, lo deve restituire alla società, pena la trasformazione di quel surplus in potere politico e di se stessa in istituzione trascendente (e ingiusta). Per questo motivo, nella storia della giustizia, i piú disparati sistemi giudiziari si erano dotati di dispositivi specifici di contropotere, che regolavano il loro funzionamento interno: come la πόλις ateniese con i suoi giudici revocabili, eletti per estrazione a sorte, e con un sistema giudiziario nell'insieme tale da sembrare in grado di dominare quello politico [cfr. Châtelet 1978]; o come qualsiasi organizzazione sociale priva di tribunali permanenti e in cui l'istituzione (un'assemblea di villaggio, mediatori scelti dalle controparti) non sopravvive al di là della durata del conflitto.

9. *Il diritto e la giustizia di Stato.*

È chiaro che le modalità d'estrinsecazione della giustizia cambiano con l'emergere dello Stato. Non si tratta tuttavia di un brusco e radicale capovolgimento che d'improvviso fa apparire l'insieme piú o meno compiuto degli elementi propri dell'apparato giudiziario moderno; se è possibile tracciare un elenco comparativo delle somiglianze e delle differenze circa i procedimenti giudiziari delle società senza Stato e delle società a organizzazione statuale, è piú difficile trarre in proposito delle conclusioni precise. Vi sono società (certi regni africani, ad esempio) le cui forme di potere presuppongono uno Stato determinato, con tribunali e giudici capaci di creare nuove leggi, ma in cui la stragrande maggioranza delle norme rimane consuetudinaria, norme alle quali si ricorre per risolvere i conflitti grazie a meccanismi giudiziari che in gran parte ancora informano la realtà delle società senza Stato [cfr. Gluckman 1955].

Non esiste, in realtà, un modello ideale della giustizia statuale; ancora oggi, nelle società occidentali, persistono certe caratteristiche facilmente rinvenibili nelle società arcaiche. Molto spesso coesistono molteplici dimensioni proprio nelle organizzazioni sociali che comportano una struttura statuale ma che funzionano ancora, fondamentalmente, secondo moduli culturali primitivi e non secondo quelli implicati dalla presenza dello Stato. Vi sono tribunali, ma i giudici esercitano la loro autorità solo su questioni riguardanti il potere e l'autorità del re, ad esempio; meccanismi propri della giustizia privata – quale la *vendetta* – sopravvivono come istituti riconosciuti dalla legge, sebbene circoscritti a certi reati; mentre per altri tipi di crimini, castighi applicabili dalla sola forza dello Stato riproducono dispositivi comunitari – quale il pubblico biasimo – che conservano un grande potenziale di coercizione; ecc. Non è possibile, dunque, tracciare una netta frontiera tra procedimenti giudiziari affermatisi prima e dopo la nascita dello Stato.

Il fatto è che lo Stato non sorge tutt'a un tratto, che in un certo senso esso non ha mai completato il suo processo di formazione, e che tutta la sua storia si riduce allo sforzo costante di darsi un'esistenza sempre piú reale. Cosí, ad esempio, la controversia giuridica classica intorno alla definizione dello Stato (lo Stato è la società; oppure è un'istituzione contrapposta alla società) si può intendere solo nel contesto della sua storia: istituzione certamente primordiale e che mira a controllare subito l'insieme della vita sociale, ciò nondimeno tributaria, fin dal principio, di strutture tradizionali; il suo potere agisce effettivamente soltanto su questo o quel meccanismo, condiziona ambiti ancora circoscritti (la guerra, l'economia, l'amministrazione). Nelle società a potere politico unificato sotto un significante supremo (Dio, imperatore, sovrano), molto spesso ampie sfere della vita sociale continuano a funzionare secondo schemi arcaici: è proprio nella natura di questo tipo di potere statuale conservarle pressoché intatte. Invece, con lo Stato moderno, che accompagna l'affermarsi delle società industriali, il capovolgimento coinvolge tutte le strutture sociali, perché l'accelerazione storica non risparmia nessun settore.

Attraverso le diverse forme che assume nel corso della sua storia, lo Stato assume direttamente funzioni una volta attribuite a gruppi o istituzioni, addirittura a strutture (famiglia, gruppi d'età, procedimenti giudiziari comunitari) di modo che tende a rimpiazzare la stessa società. La vocazione naturale dello Stato sarebbe cosí quella di sostituirsi globalmente all'organizzazione sociale: via via che la sua storia distrugge le realtà arcaiche e tradizionali, esso allarga il raggio dei propri diritti e competenze, soddisfa ai bisogni che esso stesso fa nascere, controlla il proprio organismo insaziabile, imprime la propria dinamica al processo di assorbimento e autoproduzione. Scomparsa della società attraverso la sua risoluzione nello Stato; ma declino di quest'ultimo che tenderebbe a identificarsi interamente con la società. È la convergenza hegeliano-marxista, che definisce l'essenza dello Stato.

Quest'obiettivo costituisce la sua interna finalità, sicché la storia diventa la sua stessa struttura: è la storia dello Stato che prevale e impone i suoi scopi sociali. È proprio, dunque, dell'essenza dello Stato non pervenire mai a un assetto definitivo; e una delle fonti perenni del suo potere consiste nella continua e crescente influenza che esso dispiega sui movimenti della storia. Il suo farsi indefinito alimenta il suo messianismo ideologico, utilizzato per radicare piú saldamente il suo potere sulla società (in particolare, sugli strati sociali sfruttati).

Se lo Stato è intessuto di storia, se esso si edifica via via che la storia si svolge e si accelera, se tende a divenire esso stesso la società, è necessario intenderne la costruzione attraverso la storia della sua incompiutezza. Si tratta di movimenti che disegnano lo sviluppo dello Stato su uno sfondo fatto di insuccessi; perché la storia della sua costruzione è anche quella dell'allargamento progressivo di questo compito. Ma si tratta di movimenti che raffigurano anche il graduale rafforzamento del potere dello Stato, del suo controllo sui meccanismi sociali.

Tutto ciò spiega le apparenti incoerenze della storia dell'istituzione giudiziaria. Essa accompagna quella statuale, ne dipende, non vi aderisce meccanicamente, ma, nei suoi lineamenti, riproduce le stesse esitazioni, le stesse attese, le stesse repentine prese di potere che sottolineano la storia dello Stato e del suo diritto.

Non c'è forse un unico criterio di rottura in grado di evidenziare l'emergere dello Stato e, per giunta – data la vocazione antipolitica della giustizia – di una giustizia di Stato. L'esistenza di tribunali e di codici non sembrerebbe essere un elemento decisivo, poiché possono registrarsi formazioni statuali con simulacri di tribunali e assolutamente sprovviste di codici.

Ma se l'inventario degli elementi caratterizzanti la giustizia primitiva non fornisce risposte al problema, sembra che l'esame del *funzionamento* di questi stessi elementi prima e dopo la comparsa dello Stato possa aiutare a risolverlo.

La prima differenza che s'accompagna all'avvento del diritto statuale concerne la violenza: il potere statuale non può esistere se non nella misura in cui detiene la forza in modo esclusivo. Pur non esercitandola effettivamente, soltanto lo Stato possiede il diritto esclusivo della forza. Il principio di tale diritto è assoluto e consente il decorso della storia dello Stato, lo sviluppo del suo potere e

il rafforzamento della sua autorità. E tutto ciò al di là delle storie particolari di questo o quello Stato, tramontato per lasciare posto a una formazione statuale piú potente, o il cui declino e crollo hanno consentito l'inizio di una nuova storia, rifondato su basi nuove, dopo tappe piú antiche. È chiaro pure che l'insieme di questa analisi presuppone sia una tipologia delle formazioni statuali sia una concezione della storia della costruzione dello Stato, considerata come tendenza generale delle storie molteplici e segmentarie, sviluppatesi su archi temporali discontinui.

Il principio al diritto esclusivo della forza assicura, in particolare, la capacità degli organi statuali di produrre leggi, contribuendo cosí a trasformare la società. È dunque partendo dall'emergere del nuovo diritto che conviene affrontare le trasformazioni intervenute nel regime di funzionamento dell'apparato giudiziario.

Tale principio (contenuto in quello della sovranità dello Stato) dischiude il terreno sul quale si svilupperà il diritto che progressivamente legittima l'accaparramento delle energie sociali. Lo Stato investe cosí la superficie sociale che la storia sconvolge, distrugge, lascia vuota. Certamente, esso reistituzionalizza anche le norme consuetudinarie (Bohannan) nei suoi tribunali, consigli e parlamenti; ma imponendole come leggi, rafforza il proprio potere rispetto a quello delle volontà di potenza individuali, proprio quelle che costituivano, in precedenza, la molla fondamentale dell'affermazione dei diritti.

È tutto il funzionamento del sistema giudiziario che adesso può cambiare, grazie allo spostamento di un fattore (la volontà di potenza non piú distribuita secondo sistemi di circolazione ugualitari, «giusti», la cui funzione sia nell'impedire che eventuali disparità si radichino nel tessuto sociale). La giustizia, ormai, si troverà sempre in equilibrio precario di fronte alla società che ora dispone di un centro d'assorbimento delle volontà di potenza, una strozzatura che condiziona la circolazione delle energie sociali e individuali, il sistema degli scambi e dei debiti. Il giudiziario, nella misura in cui ne fa parte, contribuisce cosí al prevalere del potere politico statuale. Tribunali permanenti, giudici nominati dal potere, imposizioni di leggi: si avranno decisioni irrevocabili, sanzioni applicate contro la volontà dei contendenti, senza tener conto dei loro «diritti» – niente deve opporsi all'aureola che circonda la legge e al feticcio della sua autorità e infallibilità.

Il diritto esclusivo alla forza consente un preciso orientamento dell'evoluzione del diritto: poiché si terrà sempre meno conto delle energie individuali (del valore delle persone nella loro globalità), l'accento sarà posto sul valore dei beni. La separazione tra le nozioni giuridiche di contratto e di delitto, e tra sfera civile e penale, presuppone un doppio processo di ridimensionamento delle volontà di potenza. La delimitazione di uno spazio sociale – che apparentemente riguarda soltanto le controversie private, e nel quale le persone conserverebbero tutta la loro libertà di contrattare, indipendentemente dallo Stato – costituisce un ambito contrapposto a quello pubblico o penale, dove invece i reati e i crimini andrebbero a colpire la società o lo Stato. Ora, in effetti, l'ambito delle controversie private è ciò che rimane della sfera quasi-civile primitiva (Malinow-

ski) pertinente gli scambi di beni, dopo che se ne è interrotto ogni rapporto con la volontà di potenza. E, reciprocamente, l'ambito penale diventa ciò che rimane della circolazione delle medesime volontà di potenza una volta private di ogni legame simbolico coi beni: ogni trasgressione è allora reato contro lo Stato, poiché manca la mediazione degli scambi.

Paradossalmente, nel primo caso – di competenza del «diritto privato» della nostra terminologia giuridica – permane una fascia di rapporti sociali pubblici destinata ad essere coperta dalla legge statuale. Questo «privato» è tale perché non nasconde alcun pericolo per il «pubblico»: costituisce uno spazio sociale sul quale il diritto dello Stato esercita un potere che prevale su quello degli individui, dove costoro non hanno piú la possibilità di affermare la propria volontà di potenza da cui si sono distaccati per non dispiegarvi che un'«attività» ridotta alla semplice dimensione materiale (torti, danni). Ambito decolpevolizzato perché devitalizzato dallo Stato, nel quale non si commettono reati perché non esiste altro problema che quello dei beni, la cui circolazione sociale deve essere garantita dal principale interessato: lo Stato (qui considerato come «persona privata»: ciò che, per ironia della storia, favorisce l'esercizio della «vera» giustizia, collocando lo Stato allo stesso livello di ogni altro contraente). Cosí quest'ambito viene sottratto alla comunità vivente per entrare a far parte della giurisdizione dello Stato, sotto la maschera del «privato».

Nella sfera penale le volontà di potenza subiscono un processo di trasformazione radicale. Tutto il campo d'indeterminatezza delle leggi – caricato di valenza negativa dalla forma che assume la loro normatività, in contrasto con le prescrizioni positive delle norme consuetudinarie –, ora sottomesso al potere politico, diventa lo spazio di una colpevolezza sostanziale (d'origine religiosa). Al contrario della giustizia primitiva, che considera il reato o per lo meno il conflitto una sorta di normale malattia del corpo sociale, ogni atto di violenza è ormai escluso dalla società. Su di esso graverà una doppia colpevolezza, quella che rinvia al danno causato e quella che si collega al diritto alla violenza. Colpa, soprattutto, d'aver violato questo diritto esclusivo dello Stato (d'aver cioè rubato la violenza allo Stato) e che rende ogni imputato colpevole d'essere colpevole.

Comincia uno strano processo: private di contropartita simbolica, di una dimensione in cui acquisire rilevanza sociale, le volontà di potenza *scompaiono* sommerse nel bazar ideologico dei fantasmi del discorso statuale: diventano «gli istinti», «le pulsioni animali», «le passioni», «i vizi», «la natura bestiale» – in breve, il corpo criminale. Per di piú, si vede affermarsi gradualmente come principio di colpevolezza (che si impone con l'aiuto della teologia, in Europa occidentale) l'accertamento dell'intenzione: laddove l'onore condizionava la violenza è subentrato tutto l'arsenale di male e delitti di una coscienza divenuta profonda, abissale, colpevole d'aver allentato la vigilanza sul corpo.

Cominciano quindi anche le aporie della giustizia; allora un Callicle, nel *Gorgia* di Platone, dopo aver opposto la giustizia secondo la legge alla giustizia secondo natura, la sola equa e legittima perché vi intuisce il segno della volontà di potenza (dell'«uomo degno di questo nome» [*Gorgia*, 482e]), giunge a definirne la sostanza attraverso l'esasperazione dei desideri, il godimento sfrenato, la sensualità, l'intemperanza, la licenza [*ibid.*, 491e]. Allora un Trasimaco, nella *Repubblica* [338c], può identificare la giustizia come un'istituzione creata dai governanti per servire unicamente i loro propri interessi senza tener conto della sua vocazione egualitaria; e Glaucone può teorizzare della giustizia-compromesso tra il bene piú grande consistente nel poter commettere impunemente l'ingiustizia (rubando, uccidendo, compiendo adulterio senza rischi, «come un dio») e il male piú grande consistente nel subirla [*ibid.*, 358e]. In ogni caso persiste una radicale opposizione tra legge da una parte e desiderio o interesse dall'altra, tra Stato o società e natura – senza piú nessun accordo sociale tra norma e volontà di potenza. Ora, su queste opere si fonda la tradizione di un discorso sul diritto che continuamente torna a riproporsi. [J. G.].

Barton, R. F.
1930 *Half-Way Sun. Life among the Headhunters of the Philippines*, Brewer and Warren, New York.
1969 *Ifugao Law*, University of California Press, Berkeley Cal.

Bohannan, P.
1957 *Justice and Judgement among the Tiv*, Oxford University Press, London - New York.
1963 *Social Anthropology*, Holt, Rinehart and Winston, New York.
1967 *The Differing Realms of Law*, in P. Bohannan (a cura di), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, The Natural History Press, New York.

Busquet, J.
1920 *Le droit de la vendetta et les paci corses*, Pedone, Paris.

Châtelet, F.
1978 *La Grèce classique, la Raison, l'Etat*, in *Les autres. Actes du Colloque de Rome 1977-1978*, Aubier-Montaigne, Paris.

Comaroff, J., e Roberts, S.
1977 *The Invocation of Norms in Dispute Settlement: the Tswana Case*, in I. Hamnett (a cura di), *Social Anthropology and Law*, Academic Press, London.

Desideri, L.
1978 *La violence humiliée*, in «Les temps modernes», XXXIII.

Evans-Pritchard, E. E.
1937 *The Nuer: a Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*, Clarendon Press, Oxford (trad. it. Angeli, Milano 1975).

Foucault, M.
1975 *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1976).

Gibbs, J. L. jr
1963 *The Kpelle moot*, in «Africa», XXXIII.

Gil, J.
1978*a* *Vendetta et pouvoir dans la tradition orale corse*, in «Les temps modernes», XXXIII.
1978*b* «Corpo», in *Enciclopedia*, vol. III, Einaudi, Torino, pp. 1096-160.

Gluckman, M.
1955 *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, Manchester.
1965 *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Blackwell, Oxford.

Hoebel, E. A.
1954 *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge Mass. (trad. it. Il Mulino, Bologna 1973).

Kantorowicz, H.
1958 *The Definition of Law*, Cambridge University Press, London (trad. it. Giappichelli, Torino 1962).

Lévi-Strauss, C.
1949 *L'efficacité symbolique*, in «Revue d'histoire des religions», CXXXV, n. 1, pp. 5-27; ora in *Anthropologie structurale*, Plon, Paris 1958 (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1966, pp. 210-30).

Malinowski, B.
1926 *Crime and Custom in Savage Society*, Kegan Paul, Trench and Trubner, London (trad. it. Newton Compton, Roma 1972).

Moore, S. F.
1977 *Individual Interests and Organizational Structures: Dispute Settlements as "Events of Articulation"*, in I. Hamnett (a cura di), *Social Anthropology and Law*, Academic Press, London.

Nadel, S. F.
1951 *The Foundations of Social Anthropology*, Free Press, Glencoe Ill. (trad. it. Laterza, Bari 1974).

Pospisil, L.
1967 *The Attributes of Law*, in P. Bohannan (a cura di), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, The Natural History Press, New York.

Radcliffe-Brown, A. R.
1952 *Structure and Function in Primitive Society*, Oxford University Press, London (trad. it. Jaca Book, Milano 1972).

Redfield, R.
1967 *Primitive Law*, in P. Bohannan (a cura di), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, The Natural History Press, New York.

Rossi, A.
1889 *Osservazioni storiche sopra la Corsica*, in «Bulletin de la Société des Sciences historiques et naturelles de la Corse».

Se si considerano i procedimenti giudiziari delle **società** statali simili a quelli delle società **senza stato**, la differenza essenziale consistendo nei meccanismi di funzionamento, l'analisi antropologica può aprire sulla giustizia una prospettiva nuova: situandosi tra l'organizzazione sociale e le **istituzioni** politiche, è un'istanza contemporaneamente proto-politica (cfr. **politica**) e, per la sua vocazione di dispositivo di contropotere (cfr. **potere/autorità**), contro-politica. L'esame dei sistemi giudiziari primitivi (cfr. **primitivo**), a partire dalla **norma** consuetudinaria (cfr. **consuetudine**), assume la risoluzione dei conflitti (cfr. **conflitto**) come modello di funzionamento della giustizia nell'insieme dell'organizzazione degli scambi (cfr. **scambio**); l'esame delle sanzioni, dei procedimenti terapeutici (cfr. **cura/normalizzazione**), dello spazio pubblico (cfr. **pubblico/privato, spazio sociale**), mette in evidenza la specificità della giustizia. Con l'emergere dello stato che si appropria della **violenza** in circolazione nella società, ritualizzata (cfr. **rito**) per esempio nella vendetta, si forma progressivamente tutto un nuovo regime del **diritto** e della **legge**, del penale e del civile (cfr. **responsabilità**); e nasce anche il dibattito delle aporie sul diritto e la giustizia, a partire da una nuova dicotomia (cfr. **coppie filosofiche**) natura/società (cfr. **natura, natura/cultura, patto**).

Istituzioni

1. *I termini del problema.*

Non v'è società senza istituzioni. Sarebbe certo difficile trovare oggi qualcuno che voglia contestare una tale affermazione o negarla anche in una formulazione cosí lapidaria. L'essere *socii* all'interno di un raggruppamento umano comporta il costituirsi, sin dal momento in cui scatta una qualsiasi forma di associazione, di alcune regole che rendano la *societas* compatibile a un certo livello per tutti i componenti. La socialità scaturisce dunque in stretta interdipendenza con il formarsi di quell'insieme di forme o strutture sociali elaborate dal costume o poste da una o piú leggi che noi, appunto, definiamo come istituzioni di una società. Tuttavia affermazioni cosí semplici, apparentemente chiare e largamente condividibili, celano una serie di problemi quanto mai complessi.

Anzitutto come riconoscere una istituzione o piú istituzioni all'interno di una società? Nell'epoca contemporanea sono in linea di massima le leggi a fissare le istituzioni e da questo punto di vista il compito appare grandemente facilitato; da una costituzione o dai codici un osservatore può con una certa facilità desumere quali siano le istituzioni giuridicamente stabilite in una determinata società. Se poi si stabilisce una identificazione stretta istituzioni-società, qualsiasi storia delle istituzioni diventa per se stessa storia della società; non v'è allora piú bisogno d'interrogarsi continuamente sulle relazioni interne fra i due termini e di operare quindi analisi di verifica se quelle particolari istituzioni giuridiche rappresentino completamente le istituzioni di fatto considerate come tali da quella società. Stabilita una volta per tutte una tale identità, ogni storia sociale perde la sua consistenza teorica per essere totalmente assorbita all'interno di una storia delle istituzioni.

Simile impostazione teorica ha dominato buona parte della storiografia della seconda metà del XIX secolo e dell'inizio del nostro. I pregi di questi studi sono stati certamente numerosi: l'aver messo in luce i meccanismi formali che governano e hanno governato le trasformazioni di tipo giuridico, la mentalità che li sottendeva sia nella elaborazione, stesura e formulazione e sia, infine, nell'interpretazione e applicazione concreta, costituisce un merito indiscusso. Tutto ciò ha infatti potentemente contribuito a conferire maggiore chiarezza alle relazioni umane, in qualsiasi ambito, e a diminuire in maniera progressiva l'abuso e l'arbitrio. La crescita della mentalità giuridica e la sua diffusione all'interno della società sta alla base del passaggio del «giusto» e dell'«ingiusto» da un campo morale, etico o religioso alla sfera delle relazioni propriamente politiche e sociali definite in regole che, per quanto si fondino su un patrimonio culturale, una volta poste acquistano un valore proprio, autonomo, distinto da quel pensiero che le ha ispirate. Non è certo un caso che i rivoluzionari francesi del 1789 siano stati i primi in Europa a intendere la lezione illustrata da Montesquieu nel suo *De l'Esprit des loix* (1748), nel quale la chiarezza delle norme e delle re-

lazioni fra le istituzioni fondamentali costituiva il punto focale della trattazione. La Costituzione del 1793 obbediva infatti al principio che un ordine sociale nuovo doveva fondarsi su istituzioni giuridiche delineate in un testo chiaro ed evidente a tutti i cittadini. Compito di tutti i componenti il corpo sociale diventava allora, dopo l'emanazione della costituzione elaborata da una assemblea rappresentativa, la sua difesa a oltranza, mentre le possibilità di modifica venivano non solo limitate ma sottoposte a precise regole formali. Sull'onda della rivoluzione francese il movimento democratico delle nazioni europee fu investito durante tutto il XIX e XX secolo dal costituzionalismo, dalla volontà di ottenere e disporre di un testo scritto dove fossero chiaramente esposte le nuove istituzioni e dove, oltretutto, fossero fissate in maniera tale da renderne problematica una trasformazione radicale.

La scuola istituzionalista ha dunque influito con notevole peso nella storia europea degli ultimi cento anni. L'assunzione del diritto a metodo per fondare e chiarire le aree di comportamento umano nella società rappresenta certo una delle conquiste piú durature e dense di conseguenze nell'epoca contemporanea.

Se dunque il merito della diffusione della mentalità giuridica risulta incontestabile, il suo limite rimane però nella identificazione suddetta istituzioni-società. Ogni società – si è detto – si fonda su istituzioni: ma altro è fare questa affermazione e altro è ritenere che tutte le istituzioni di una società siano definite in un momento dato in un corpus giuridico e che, oltretutto, fare la storia delle istituzioni equivalga in tutto e per tutto a fare la storia della società. I nuovi metodi di analisi di storia della società, a iniziare dalla storiografia piú aggiornata con la sociologia e l'antropologia, non devono però far dimenticare l'estrema importanza che ha avuto l'istituzionalismo in tutti i campi, in un passato assai recente del resto. Esso ha informato non solo l'area delle relazioni pubbliche ma anche, e in maniera tutt'altro che secondaria, il campo dell'istruzione e degli studi. Ogni materia o disciplina è stata istituzionalizzata, imbrigliata, per cosí dire, in una intelaiatura che costituiva il suo statuto ben definito e che ne fissava i limiti. Fino a non molto tempo fa i corsi universitari, ad esempio, si dividevano per ciascuna materia in due parti: il corso istituzionale e, poi, il corso monografico. Quando alla fine del secolo scorso Vittorio Emanuele Orlando impresse notevole vitalità agli studi istituzionali del diritto, egli si muoveva proprio in quest'ottica, nel ritenere cioè che un'analisi delle nuove istituzioni italiane costituisse di per sé una ricerca sul funzionamento dello Stato e, per converso, della società intera.

E tuttavia, per l'appunto in quest'ambito, sorsero i primi dubbi che dovevano poi prendere una maggiore consistenza con Gramsci, con la sua puntualizzazione di una diversità fra società politica e società civile, fra paese legale e paese reale, dove i primi termini (politico-legale) stavano a indicare gli uomini e le regole giuridiche nelle quali essi si muovevano, quali erano sorti e scaturiti dal processo di unificazione nazionale e dal primo mezzo secolo circa di storia unitaria, mentre i secondi (civile-reale) designavano quella parte di società, la maggioranza, che non si riconosceva nella struttura istituzionale, da essa subita e sentita spesso estranea alle sue modalità di vita esistenziale, fissate da ben altre regole.

Per la storia italiana, nella sua duplice dimensione storiografica e politica, il problema posto da Gramsci è stato di importanza fondamentale, e continua ad esserlo ancor oggi. Se viene qui richiamato è perché, al di là dell'area circoscritta per cui esso è stato sollevato, esso sta a mostrare la complessità e la difficoltà che, in linea generale, si presentano quando si voglia procedere alla identificazione delle istituzioni di una società. Quali istituzioni, dunque? Quelle stabilite «legalmente» o quelle che vigono di fatto nella società civile? Ma la preferenza accordata alle une o alle altre non finisce col giocare a danno della comprensione e spiegazione globale? Se v'è stato un tempo nel quale il diritto assorbiva il sociale, occorre forse non ripercorrere questo metodo e le distorsioni che portava con sé, dando al sociale il carattere della totalità, che tutto spiega e tutto contiene. È la relazione dunque quella che va posta in primo piano, una relazione dinamica che cerchi di individuare le aree rispettivamente coperte e il confronto che ne scaturisce. Ma, a questo punto, gli strumenti consueti possono rivelarsi del tutto inadatti ad affrontare un tema di tale vastità, che finisce col coinvolgere pressoché tutti gli aspetti, o almeno quelli tra i piú rilevanti, di una società. Non si tratta probabilmente di indicare una o piú discipline che possono rivelarsi piú adatte di altre per l'approccio e la trattazione del problema, quanto, con molta piú probabilità, di individuare un diverso metodo, una diversa maniera di procedere in relazione ad aspetti di ampia portata che rivelano un carattere di globalità e non di disciplinarità.

Di certo, comunque, l'analisi giuridica dimostra di essere ormai del tutto insoddisfacente. Come infatti individuare con tale strumento quelle istituzioni «civili» che non compaiono chiaramente in un contesto «legale»? I quadri mentali cui si riferiva, ad esempio, Veblen nella sua *The Theory of the Leisure Class* [1899] per identificare strutture di comportamento collettive (legate da un lato al senso di emulazione e di gara presente nel lavoro in una concezione di tipo darwinista e dall'altro al bisogno di tranquillità e sicurezza che conduceva a una forma assenteista nei confronti della proprietà) erano al di fuori di qualsiasi sistema di istituzioni giuridiche, per quanto si rivelassero tutt'altro che secondari per comprendere i punti di riferimento costanti cui si rifacevano – a suo avviso – la mentalità e i modi d'azione di un vasto numero di persone. E, inoltre, problema tutt'altro che secondario, con quali modalità si possono cogliere processi istituzionali nelle società in cui la veste giuridica, cosí come viene oggi comunemente intesa (costituzioni, leggi, norme, codici), non compare affatto? L'insieme di società che non ha fatto uso di strumenti analoghi a quelli attualmente vigenti si è rivelato, storicamente, di misura assai consistente; molte di esse hanno per di piú una notevole profondità temporale, il che sta a mostrare come l'elemento giuridico, la codificazione delle leggi, non ha ovunque costituito la nota dominante al fine del sorgere delle istituzioni nella società. È certamente possibile, come è stato fatto, tentare di dimostrare che le regole del costume hanno avuto spesso il carattere di altrettante regole giuridiche o almeno hanno funzionato come tali, per cui, anche in mancanza di un vero e proprio corpus giuridico, certe società hanno avuto una sorta di coscienza giuridica. In tale ottica si sono esaminate le istituzioni tradizionali mettendole a confronto con quelle

odierne, al fine di vedere le analogie fra autorità che pone la norma, funzionamento della medesima e sanzione per la sua inosservanza [cfr. Malinowski 1926]. I risultati di simili approcci non sempre sono stati soddisfacenti; quel che stava al fondo era un interrogativo, non sempre esposto con chiarezza: fin dove una società è primitiva riguardo al modo in cui sono poste e funzionano le sue istituzioni e da dove tali società sono assimilabili, sotto questo stesso aspetto, al «nostro» modo di organizzare la vita associata? Non poche volte insomma lo studio del diritto «primitivo» ha proceduto su un duplice percorso: uno, apparente, consisteva nell'analisi delle istituzioni, e l'altro, meno apparente ma non secondario, tendeva a stabilire una sorta di giudizio sul grado di «civiltà» di una certa società in conformità con gli strumenti istituzionali posseduti [cfr. Hoebel 1954]. Donde la tentazione da parte di alcuni antropologi di uscire da queste strettoie, costituite dalla differenza tra regole chiaramente poste e norme di comportamento vigenti di fatto e universalmente osservate, con il postulare l'origine e il fondamento ultimo di certe istituzioni, quali la parentela, non piú su un processo di natura storica ma sulle strutture mentali dell'uomo che, in quanto tali, sarebbero una pertinenza piú della specie che di una società particolare e tanto meno di uomini singoli. La proibizione dell'incesto ne sarebbe l'esempio piú evidente. «Se si domandasse a dieci etnologi contemporanei, – sosteneva Kroeber, – di indicare una istituzione umana universale, è probabile che nove sceglierebbero la proibizione dell'incesto; parecchi l'hanno già formalmente designata come la sola istituzione universale» [citato in Lévi-Strauss 1947, trad. it. p. 47, nota 20]. Su una tale affermazione, oltreché sui numerosi studi sul campo, si è fondata in buona parte la teoria dello strutturalismo di Lévi-Strauss in cui natura e cultura – «il crudo e il cotto» – tendono a una sintesi. «Nessuna analisi reale permette dunque di cogliere il punto di passaggio tra fatti di natura e fatti di cultura, e di riconoscere il meccanismo della loro articolazione», ma «ovunque si manifesti la regola, noi sappiamo con certezza di essere sul piano della cultura», per cui «in difetto di analisi reali, il duplice criterio della norma e della universalità fornisce il principio di una analisi ideale, che, almeno in certi casi ed entro certi limiti, può permettere di isolare gli elementi naturali dagli elementi culturali che intervengono nelle sintesi di ordine piú complesso» [*ibid.*, p. 46]. Il piano viene dunque spostato: «In realtà, la storia non è legata all'uomo, né a nessun oggetto particolare. Essa consiste interamente nel suo metodo, di cui l'esperienza prova che è indispensabile per inventariare l'integralità degli elementi di una struttura qualsiasi, umana o non umana. Non è dunque la ricerca dell'intelligibilità a sfociare nella storia come suo punto d'arrivo, ma è la storia che serve da punto di partenza per ogni ricerca dell'intelligibilità. Cosí, come si suol dire di certe carriere, la storia conduce a tutto, purché se ne esca» [Lévi-Strauss 1962, trad. it. p. 283]. Pur con ciò, lasciando da un canto le discussioni e le polemiche suscitate da simili affermazioni, rimane comunque sempre il fatto che «se la proibizione dell'incesto ha le sue radici nella natura, tuttavia noi possiamo coglierla solamente al suo punto terminale, e cioè come regola sociale» [Lévi-Strauss 1947, trad. it. p. 71].

Ma il cogliere questa regola sociale pare cosa tutt'altro che agevole. Lévi-

Strauss proponeva, sulla base della lezione di Saussure, di Mauss e di Trubeckoj, un uso approfondito della linguistica e della fonologia, aprendo un campo di ricerca assai piú vasto nello studio e riconoscimento delle istituzioni con strumenti assai differenziati da quelli normalmente costituitisi. Lowie, ad esempio, ha cosí parlato di una «proprietà» o possesso esclusivo dell'incorporale in alcune società come di un fatto istituzionalmente rilevante, dilatando in tal modo la nozione e il contenuto corrispondente [cfr. Hoebel 1954, trad. it. pp. 96-102]. Su questa linea Emile Benveniste, nella prefazione al suo *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, ha sottolineato che «il termine 'istituzione' va qui inteso in senso lato: non solo le istituzioni classiche del diritto, del governo, della religione, ma anche quelle, meno appariscenti, che si intravvedono nelle tecniche, nei modi di vita, nei rapporti sociali, nei processi di parola e di pensiero» [1969, trad. it. pp. 4-5]. L'apertura alle tecniche, ai modi di vita e ai processi di parola e di pensiero rappresenta un vero e proprio salto di qualità nell'analisi di quali siano e come si possano individuare le istituzioni, ma, se dischiude orizzonti sempre piú vasti, a tal punto da farli coincidere con il giro completo di trecentosessanta gradi, apre anche, e contemporaneamente, una serie di difficoltà per il loro studio, ugualmente vasto. La giusta preoccupazione di Benveniste rimane quella linguistica, «di restaurare gli insiemi che l'evoluzione ha dispersi, di riportare alla luce delle strutture sepolte, di ricondurre al loro principio di unità le divergenze degli usi tecnici, e nello stesso tempo di mostrare come le lingue riorganizzino i loro sistemi di distinzioni e rinnovino il loro patrimonio semantico» [*ibid.*, p. 5]. Ma là dove il suo compito, quello della *significazione*, si esaurisce inizia quello forse assai piú complesso, storico e sociologico, della *designazione*. «Se ci occupiamo del verbo gr. *hēgéomai* e del suo derivato *hēgemōn*, è per vedere come si è costituita una nozione che è quella dell''egemonia', ma trascurando il fatto che il gr. *hēgemonía* è a volta a volta la supremazia di un individuo, o di una nazione, o l'equivalente dell'*imperium* romano, ecc., ci interessa solo il rapporto, difficile da stabilire, tra un termine d'autorità come *hēgemōn* e il verbo *hēgéomai* nel senso di 'pensare, giudicare'» [*ibid.*].

Chi intenda cogliere invece i rapporti sociali che stanno al di là della connotazione linguistica – anteriori, sottostanti o collaterali che siano – troverà certamente un ausilio e suggerimenti di peso non indifferente nel procedimento linguistico, ma, al tempo stesso, uno spazio di ricerca ancora quanto mai ampio e complesso. Processi di modificazione sociale e linguistica non sempre infatti scorrono in sincrono, certe strutture sono «sepolte» e non è infrequente che alcune istituzioni sopravvivano mistificate da forme ben diverse, almeno all'apparenza.

La ricostruzione dei processi, e dei loro aspetti istituzionali, si manifesta con segni che non sempre pongono in chiara evidenza le connessioni che li legano. Questa difficoltà può essere colta con le parole di uno studioso dell'economia che ha fatto del momento istituzionale la pietra angolare delle sue ricerche: «Da ciò discende la fondamentale importanza dell'aspetto istituzionale del processo economico. Quello che avviene a livello di processo tra l'uomo e il terreno che lavora o alla catena di montaggio nella costruzione di un'automobile è, *prima facie*, un

semplice intersecarsi di movimenti umani e non umani. Da un punto di vista istituzionale, invece, tale processo fa riferimento a termini come capitale e lavoro, sindacato e mestiere, accelerazione e rallentamento, aumento dei rischi e altre unità semantiche del contesto sociale... Il fatto di essere istituzionalizzato conferisce al processo economico la sua unità e stabilità; ciò dà vita a una struttura che ha una specifica funzione in seno alla società; trasferisce il processo nel mezzo della società conferendo cosí un significato alla sua storia; orienta l'interesse verso i valori, le motivazioni e le scelte politiche. Unità e stabilità, struttura e funzione, storia e politica esprimono in termini operativi il contenuto della nostra affermazione che l'economia umana è un processo istituzionalizzato» [Polanyi 1957, trad. it. pp. 304-5].

In questa citazione è presente in buona misura la gamma dei problemi che sono posti allo studioso nel momento in cui affronta l'analisi delle istituzioni di una società. Vi è tuttavia un punto, implicito nella citazione riportata perché trattato altrove nel volume, che costituisce il meccanismo centrale: come si può da certi segni (il «semplice intersecarsi di movimenti umani e non umani») giungere alla considerazione che gesti, atti, o pensieri singoli tali non sono, se non *prima facie*, perché fanno parte come «unità semantiche» di una struttura in cui sono strettamente connesse e in cui, in definitiva, trovano una ben precisa spiegazione? L'approccio all'interrogativo pare doversi limitare ai risultati derivanti dall'analisi storico-sociologica, all'acquisizione cioè dell'esistenza o meno di alcune istituzioni per il fatto che ad esse, nel corso del tempo, alcune società hanno fatto riferimento. È dunque lo spessore di certi atti o fatti, la ripetitività con cui si presentano storicamente i quadri mentali durevoli che contribuiscono a fondare e a riprodurre che induce a concludere che questa serie di comportamenti e pensieri fanno capo a un qualcosa definito poi istituzione. Ma in tal modo non si finisce col ripercorrere a livello piú o meno descrittivo il fatto storico «istituzione»? Né questo limite si supera per il solo presentarsi di una varietà di posizioni iniziali teoriche con le quali si affronta il fenomeno istituzione. Per alcuni l'elemento principale potrà essere costituito dalla durevolezza di un fenomeno, per altri dalla estensione spaziale con cui si presenta, per altri ancora dalla conformità dei comportamenti che si possono verificare sia per quanto attiene alla esteriorità dell'atteggiamento sia, invece, per quanto si riferisce all'inclinazione psicologica, individuale e collettiva. E, è ovvio, si possono inventariare altri criteri con tutte le loro possibili combinazioni. Ma tutto ciò, va ripetuto, non esce dal quadro di un riconoscimento compiuto a posteriori, con modalità che tendono piú a ripercorrere le tappe che a chiarire sia la natura stessa delle istituzioni sia il loro meccanismo di formazione nella società.

La difficoltà nel pervenire a una conoscenza piú adeguata si presenta poi in maniera evidente nel momento in cui si vuole spiegare il passaggio da un'istituzione a un'altra o da un complesso di istituzioni tra loro articolate ad altre istituzioni nettamente diverse. E con ciò si entra nel vasto dibattito delle fratture o cesure da un lato e delle continuità dall'altro; si approda, in altri termini, al problema del fatto rivoluzionario e alla sua emergenza. Non è certo questa la sede per entrare nel merito di un argomento che di per se stesso è trattato

altrove in questa stessa *Enciclopedia* e che viene qui proposto invece solo come uno degli interrogativi che pone il fenomeno istituzioni. Si dovrebbe supporre in linea generale che la rivoluzione costituisca una incisione profonda tra il prima e il dopo e che le istituzioni della società nei due tempi siano del tutto diverse, se non opposte. Eppure non sono pochi i casi in cui viene usato il termine 'rivoluzione' per designare un certo fenomeno mentre le istituzioni mutano sí ma non al punto da essere completamente estranee a quelle che le hanno precedute. Dopo la rivoluzione sovietica del 1917, continuarono a rimanere in vigore i codici zaristi, anche se emendati di volta in volta. Le istituzioni nate dalla rivoluzione trovarono una loro collocazione organica dal punto di vista giuridico solo nel 1936, con la redazione e promulgazione della prima costituzione dell'Urss. Da parte sua il fascismo riuscí a stravolgere buona parte delle istituzioni italiane applicando formalmente lo Statuto albertino.

Non poche volte ai protagonisti stessi non è, dunque, sempre chiaro dove e come interrompere la continuità e se le istituzioni che hanno preceduto il fatto rivoluzionario debbano essere completamente scardinate dalla società o se al contrario esse possano «funzionare» in maniera rinnovata.

Questo nuovo aspetto, il funzionamento delle istituzioni, pare che sia tutt'altro che irrilevante. Se, infatti, le istituzioni sorgono in una società, ciascuna per soddisfare determinate funzioni, come possono sopravvivere quando queste funzioni mutano? A prima vista si sarebbe indotti a ritenere che funzioni e istituzioni siano in stretta correlazione, ma alcuni elementi fanno insorgere non pochi dubbi a tale proposito. Nell'Europa del XIX e soprattutto del XX secolo le istituzioni del potere hanno obbedito al criterio della rappresentatività politica in tutti gli organi dello Stato e tale rappresentatività si è a sua volta fondata sul principio della nomina elettiva delle cariche dai vari corpi elettorali; tuttavia, ancora oggi, in molti di questi Stati il principio della rappresentatività per mandato elettorale inizia solo da un certo momento in poi. Nei paesi occidentali in cui capo dello Stato è il re, un altro principio – quello legittimista, che vede il figlio maggiore (maschio o femmina a seconda degli Stati) occupare tale carica per diritto di nascita – funziona come se fosse un principio democratico. Ma con ciò si verrebbe ad ammettere che una stessa istituzione, solo perché è stata originariamente accettata dai costituenti, funziona o può funzionare, in diversi contesti generali istituzionali, in maniere diverse se non addirittura opposte? Come spiegare questa pluralità e diversità di funzioni delle istituzioni? È proprio con questo interrogativo che si conclude l'analisi che Godelier fa della parentela nel mondo primitivo: essa, da un lato, organizza gli scambi matrimoniali e contrae alleanze e solidarietà sociali, ma, dall'altro, costituisce l'intelaiatura con la quale ed entro la quale si organizza anche il modo produttivo [cfr. 1978; 1975, trad. it. p. XLII]. Tuttavia, per l'autore, ciò avviene ad una condizione: «La nostra ipotesi è che dei rapporti sociali *svolgono un ruolo dominante in una società solo a condizione che assumano la funzione di rapporti di produzione*» [*ibid.*]. È quanto dire che la parentela come istituzione può svolgere il ruolo proprio, quello di regolare lo scambio delle donne e di organizzare gli status sociali, solo se funziona *anche*, o meglio soprattutto, come istituzione

economica [cfr. Siskind 1978]. Senza addentrarsi in un'analisi approfondita di tale affermazione – come essa meriterebbe ampiamente perché pone un grosso interrogativo su quasi tutti i risultati dell'antropologia in questo campo –, conta qui puntualizzare il fatto che il concetto di istituzione e quello relativo di funzione viene teso in misura tale da finire col porre in dubbio il concetto stesso di istituzione. La parentela infatti verrebbe *o* ad essere una istituzione con funzioni diverse e non omologhe – e con ciò verrebbe legittimo chiedersi se ciò avviene o è avvenuto solo in questo caso o se ogni istituzione possa mostrare simili caratteristiche – *o* un nome che in realtà copre o nasconde due istituzioni: quella parentelare propriamente detta e quella economica. Ove non venga chiarita la relazione fra istituzione e la sua funzione, e, successivamente, quella che si crea tra le varie funzioni di un'istituzione e quest'ultima, questo dubbio pare destinato a permanere.

Tuttavia, almeno in prima istanza, la tensione cui è stato sottoposto il concetto di istituzione da Godelier può risultare assai utile perché contiene in sé un interrogativo di primaria importanza. Dove sta infatti la diversità tra il parlare di un'istituzione che svolge piú funzioni, rispetto al definire piuttosto una pluralità di istituzioni? La questione potrà sembrare nominalistica, ma essa cela in realtà un problema di portata assai vasta. L'aver affermato infatti, come nella citazione sopra riportata, che il ruolo della parentela è dominante se essa svolge la funzione di rapporti di produzione significa in effetti cercare di salvare il principio che sono questi rapporti – cioè il modo in cui si realizza l'istituzione economica – ad essere ancora condizionanti di tutto l'assetto sociale. In altre parole che l'economia è l'istituzione sulla quale si organizzano gli altri rapporti sociali e, quindi, le altre istituzioni. Il fatto che cosí non appaia nella società del mondo antico e nella società primitiva ha indotto Godelier, per salvare il principio, a ritenere che la parentela funzioni anche, e soprattutto, come rapporto di produzione. Se si ammettesse invece, come fa Polanyi, che l'economia sia *embedded* all'interno dei rapporti sociali, salterebbe il principio del modo di produzione come fondamento di tutte le altre istituzioni sociali, culturali, tecniche, di pensiero, ecc. I punti di vista di Godelier e di Polanyi paiono del tutto opposti nella questione; quel che conta sottolineare sta comunque nel problema di fondo che viene proposto attraverso queste diversità. L'ammettere infatti nell'istituzione una pluralità di funzioni tende alla conservazione del concetto secondo il quale sull'istituzione dell'economia si articolano tutte le altre; sostenere invece che nella società vi è una pluralità di istituzioni, ognuna con una funzione proporzionata, significa sostenere che dalla loro combinazione originaria si delinea quella che va sotto il nome generale di struttura della società. Dubbi e perplessità esistono in realtà, su una dimensione generale, in entrambe le posizioni.

Se la prima di queste posizioni può prestare il fianco all'accusa di obbedire a un principio assai antico, quello della *reductio ad unum*, che ha accompagnato da sempre gli sforzi dell'uomo di spiegare se stesso e l'ambiente che lo circonda, il punto di vista opposto – quello di una pluralità di istituzioni *ab origine* – desta anch'esso delle perplessità. Come spiegare la nascita della società come una

struttura articolata sin dalle prime battute su piú istituzioni, quali la parentela, il diritto, il potere, l'economia, ecc.? Da un lato l'esistenza di una *prima causa* o di un *primum movens* si inserisce in un lungo processo culturale umano e per ciò stesso ha una sua maggiore giustificazione alle spalle, una profondità storica che ne legittima lo sforzo. Il quadro mentale che ne anima la tensione è illustrato dal primo versetto della *Genesi*: «In principio Dio creò il cielo e la terra». È il vecchio, ma sempre presente, ideale dell'albero che si ramifica partendo da un tronco unico e ben saldo, immagine e idea che si riscontra in tutti i campi dell'attività umana. Quel che è mutato nel tempo è la designazione del tronco: da mitico, magico è divenuto divino, per poi perdere questa connotazione e divenire piú propriamente umano, ancorato al potere, al diritto o all'economia. Su questa base unitaria nella varietà delle risposte offerte si è fondata e continua a fondarsi la possibilità teorica di dare un ordine a tutti gli accadimenti umani e di fornire loro una spiegazione univoca, tale perché si rifà a un principio che tutto riassorbe e che tutte le cose e i pensieri a se stesso riconduce. Il gioco che sta alle spalle ha dunque una portata vasta, anzi ha in sé la massima estensione. Se, infatti, non si possono ricondurre a un principio e a una teoria unica tutte le forme con cui si è presentata «apparentemente» la società umana nelle sue innumerevoli varietà, sia nella dimensione storica sia in quella geografica, su quali basi sarà dato costruire una storia dell'uomo, quell'albero con tutte le sue ramificazioni cosí caro fino a non molto tempo fa ai paleontologi e ai paleoetnologi? Su quell'albero doveva iscriversi non solamente la storia biologica dei Primati che portavano alla inflorescenza dell'*Homo sapiens*, ma ad essa doveva sovrapporsi, in definitiva, anche la storia sociale dell'uomo. Oggi vengono manifestati molti dubbi su questa costruzione concettuale, sulla unicità della via che porta dai Primati all'*Homo sapiens*, dubbi che sorgono dalle difficoltà di spiegare la contemporaneità di esistenza in certi ambiti geografici di varie specie di *Homo*.

E allo stesso modo in cui la varietà delle specie *Homo* apre nuove prospettive ma rende assai piú complesso il quadro d'insieme, la pluralità delle istituzioni può certamente facilitare la spiegazione di alcuni fenomeni, perché evita l'impegno di ridurre tutto a una sola matrice, ma essa presenta difficoltà su nuove dimensioni. Da un lato, infatti, rende piú variabile il quadro, e dall'altro, come conseguenza e premessa ad un tempo, insinua piú d'un dubbio sulla possibilità di fondare un'analisi globale della società umana per la mancanza di parametri fissi.

Ma i termini si presentano veramente in questa forma dicotomica? Dove viene assunto un parametro iniziale unico – una forma della società come dominante –, qual è il grado di certezza che esso presenta? L'aver posto una istituzione alla base delle strutture sociali significa averne fatto oggetto di una teoria, di una teoria scientifica. Ma l'affidabilità delle teorie scientifiche pare oggi assai piú lontana di un tempo da quel grado di verità che si richiedeva loro. I dubbi in tal senso vengono da piú parti, parti che non sempre manifestano un accordo sia sulla struttura sia sui fini della scienza e delle sue teorie, ma che si trovano assai vicine quando si tratti di stabilire quale sia il rapporto tra scienza e certez-

za totale. «Il vecchio ideale dell'*episteme* – della conoscenza certa, dimostrabile – si è rivelato un idolo» [Popper 1959, trad. it. p. 311]. A tale affermazione, pur ognuno con prospettiva diversa, Monod e Kuhn finiscono con l'associarsi quando il primo sostiene che la «conoscenza vera» si fonda su una «scelta arbitraria» per cui «*la scelta etica di un valore primitivo fonda la conoscenza*» [1970, trad. it. p. 168]; mentre il secondo, nello spiegare perché si passi da una teoria scientifica a una del tutto nuova o diversa, ritiene che tale decisione da parte di uno o piú scienziati «può essere presa soltanto sulla base della fede» che tale paradigma in futuro risolverà problemi insoluti [1962, trad. it. p. 190].

Al di là del disagio ormai crescente verso una scienza – che non garantisce piú né la verità, né il progresso (si parla ormai sempre piú di progresso «da» e sempre meno di progresso «verso»), né la certezza grazie alla sua rigorosa formalizzazione dei problemi e dei metodi –, quel che traspare dalle poche e riduttive citazioni fatte sta nella coscienza emergente che i fondamenti della stessa scienza (gli interrogativi di fondo che si pone al suo costituirsi ma che si ripropone continuamente) possono non essere risolti facendo ricorso solo alla sua area specifica interna. Sembra cioè che certi interrogativi possano essere affrontati solo uscendo dal campo prescelto, cercando altrove basi, principî, certezze o semplicemente criteri di scelte. Una simile osservazione non deve essere circoscritta alle sole scienze esatte per i dubbi che manifestano, ma va estesa a tutti i campi dei saperi cosí come oggi si presentano nella loro istituzionalizzazione ormai piú che secolare.

In tal modo il problema della conoscibilità delle istituzioni ritorna al suo punto di partenza, ma arricchito di una serie di interrogativi che sono sorti lungo il percorso fatto. Uno di questi, posto da Monod, merita di essere accennato, in quanto apre un campo di ricerche vastissimo, sino ad ora colmato da congetture o poco piú, che ha ricevuto un notevole impulso dalla scuola sociobiologica americana. Quando Monod afferma che una serie di bisogni, e principalmente quello che costituisce l'interrogativo esistenziale dell'uomo: chi siamo, da dove veniamo e dove andiamo, sono una combinazione culturale ma anche genetica, egli non fa che introdurre nella Storia la storia biologica dell'uomo che costituisce ancor oggi una serie di incognite. Esiste un «buco», certamente ancor oggi «nero», sulla storia biologica dell'uomo, che va dai fossili ritrovati da Leakey nella Gola di Olduvai e che risalgono a tre milioni di anni fa sino alle prime accertate manifestazioni culturali dell'uomo, quelle manifestazioni che stabiliscono ormai una stretta connessione con l'*Homo sapiens* attuale, risalenti a circa trentamila anni fa. Nel mezzo esistono una serie di oggetti e di fossili che non consentono ancora di ricostruire la vera storia biologica dell'uomo. Nei confronti di queste cifre (tre milioni di anni - oggi) non ha gran senso far risalire l'origine dell'associazione umana a qualche migliaio di anni fa e fondare su essa le leggi istitutive di questa stessa società. Per milioni di anni le specie protoumane e umane hanno continuato a vivere nelle condizioni piú diverse, a prolificare e a «correggersi» nei confronti dell'ambiente. Ma su ciò non si sa di certo pressoché nulla, non si conoscono i criteri di associazione se non deduttivamente partendo dall'analisi dei popoli primitivi che sono rimasti. Monod desiderava aprire questo capitolo con la storia genetica; alcuni biologi americani, con Wilson alla loro testa, vanno affermando che una storia della società umana, una storia e una sociologia dell'uomo, non possono ancora scriversi se prima non si chiariscono le relazioni stabilitesi ancor prima negli organismi nel quadro esclusivamente biologico [cfr. Wilson 1975]. Interrogativi di questo tipo hanno anche aspetti inquietanti, già sottolineati da chi teme un uso spregiudicato della biologia e della genetica [cfr. Sahlins 1976]; ignorarli sarebbe tuttavia ancor piú semplicistico che accogliere queste teorie per come oggi si presentano.

Il problema delle istituzioni, delle strutture sulle quali l'uomo ha fondato e continua a fondare la sua socialità, rivela pertanto una profondità assai piú vasta se non ci si limita a fissarne l'origine nel solo mondo antico. Ma anche in quest'area le difficoltà sembrano non essere da meno. Ecco quanto si afferma, ad esempio, per un periodo relativamente «recente», quello ellenistico: «La problematica relativa alla struttura, contenuto, caratteristiche dei vari ordinamenti giuridici ellenistici appare strettamente legata, anzi dipendente dalla questione della loro conoscibilità. Tale questione, di fondamentale importanza, appare ben lungi dal poter essere risolta in maniera soddisfacente, per l'obiettiva insufficienza e addirittura mancanza di materiale utilizzabile ai fini di una ricostruzione», per cui si auspica «la necessità di non limitare la ricerca alle sole fonti papirologiche, ma di estenderla a testimonianze indirette e ad ogni altro possibile strumento di cognizione» [Bianchini 1977, pp. 425-26].

Il problema della conoscibilità pone quindi una serie di limiti di natura oggettiva; le tracce della vita umana cominciano ad essere piú o meno visibili a partire da una certa epoca, da circa quattromila anni prima della nostra era, e solo da questo momento è possibile interrogare i resti con la speranza di avere delle risposte, pur con gli interrogativi che tali resti lasciano per la loro frammentarietà. Si è ben consapevoli dunque che il «cotto» ha un'esistenza assai antica, ma, per una sorta di convenzione generalmente accettata, si procede «come se» esso sia effettivamente iniziato nel periodo che vide la formazione delle prime civiltà urbane nella Mesopotamia antica, facendo iniziare di lí, pertanto, qualsiasi discorso sui tipi e sulle forme dell'associazione umana. Quel che precede è una serie di congetture corroborate da pochi e radi reperti archeologici, basate assai frequentemente sulla razionalità, sulla possibile spiegazione di un «dopo» rispetto a ciò che lo ha preceduto.

Tuttavia è giusto chiedersi se sia proprio necessario andare cosí all'indietro – rischiando di rinviare a un'epoca indistinta l'analisi di un fenomeno, quello delle istituzioni, che potrebbe certamente essere affrontato sul nostro campo o almeno su un'area storica assai piú determinata per documenti, testimonianze, ecc. –, col risultato assai probabile di far rimanere l'intero quesito e le sue fragili risposte in posizione talmente precaria da essere di scarsa o nessuna utilità. Occorre distinguere a questo punto tra quella che è l'abitudine di ricorrere al passato secondo il vecchio adagio che il passato spiega il presente – che può rivelarsi, come è spesso accaduto, una ricerca della giustificazione ideologica del presente e che pertanto non è un «metodo» – e il ripercorrere le tappe precedenti di un fenomeno che vive e pesa considerevolmente nella realtà presente.

L'analisi del passato serve allora a scoprire le ragioni per cui esso sia condizionante la attualità.

Nella ricerca di un passato che continua a fluire e a dimostrarsi fatto storico importante, la città costituisce certo un fenomeno che nell'area del problema delle istituzioni ieri-oggi continua ad essere di peso rilevante. Quella che Gordon Childe ha chiamato «la rivoluzione urbana» effettuatasi per la prima volta in Mesopotamia circa quattromila anni prima di Cristo ha condizionato, nella varietà delle sue forme, tutta la storia della civiltà. In queste ristrette parti di territorio sono scaturite la maggior parte delle istituzioni piú significative e, inoltre, questi centri hanno sovente influenzato il sorgere e il permanere di altre istituzioni nell'area circostante, nello spazio aperto che si definisce come campagna. Nella città prendono forma il potere, la religione, il diritto, l'economia; nuove strutture mentali, la scienza e il pensiero, i sistemi di costruzione e le tecniche, le arti e l'artigianato si istituzionalizzano; nasce qui infine lo Stato come entità in cui si condensano e trovano legittimità le altre istituzioni.

2. *La città e la nascita delle istituzioni moderne.*

2.1. Città e non-città.

La nascita della città come fenomeno pone comunque un interrogativo inquietante. Certamente essa costituisce oggi una realtà che si va diffondendo ovunque e che contraddistingue in una misura sempre piú estesa l'età contemporanea; tuttavia in gran parte del globo essa rappresenta un fatto sopravvenuto dall'esterno, una sorta di costrizione a cui hanno dovuto assoggettarsi molte popolazioni che non ne avevano conosciuto il bisogno durante un lunghissimo arco di tempo. Se vi è dunque da un lato la tentazione di farne un punto discriminante di un prima e un dopo, dall'altro occorre spiegarsi questo vuoto urbano in molte zone della terra. Lo sforzo finora prodottosi in questo campo è stato diretto a spiegare le ragioni, motivazioni e processi della nascita delle città (al plurale, dato che, per quanto se ne sa, sembra che un tale fenomeno sia sorto non in un punto da cui si è diffuso, ma in piú punti contemporaneamente o quasi); ma si potrebbe anche rovesciare il problema, domandarsi perché altrove si assiste a forme di civiltà o culture non urbane, come mai cioè le città siano una realtà tutto sommato circoscritta e interamente assente invece in vaste aree. E un simile interrogativo appare necessario al fine di sottrarsi alla tendenza di considerare la storia umana in una forma evolutiva, che si presenta anche in chi, apparentemente, si rifiuta di pensare alle vicende umane come a una serie di tappe successive ordinate secondo una linea ascendente di progresso. «Il progresso, se pure discontinuo, è reale. La curva all'insú si risolve in una serie di avvallamenti e di creste. Ma... ciascuna cresta supera l'ultima che la precede» [Childe 1942, trad. it. p. 303]. Si possono condividere queste affermazioni, ma solo se riferite ad un meccanismo culturale ben determinato e specifico, pur con tutte le cautele con cui il termine 'progresso' viene oggi accolto. Ma se esistono

tuttavia altri meccanismi culturali che non hanno portato al fenomeno città, come considerarli? Se la città costituisse veramente un punto discriminante nella linea evolutiva della civiltà, risulterebbero allora giustificate tutte le teorie che in passato e ancor oggi dividono l'umanità in popoli civilizzati e no, in popoli all'interno della linea del progresso umano e popoli che ne stanno ai margini, se non addirittura fuori. Queste dunque le ragioni per interrogarsi sul perché della città e contemporaneamente sul perché della non-città.

2.2. Le origini della città nei contemporanei.

Nei ricordi dei protagonisti la nascita della città è quasi sempre frutto di un evento mitico o divino: essa scaturisce da una decisione di una volontà superiore all'uomo. I Sumeri avevano il dio Kulla, il «dio Mattone» figlio di Ea che presiedeva alla costruzione di templi e città come risulta da alcuni inni accadici di scongiuro: «Scongiuro. Ea, Šamaš, Marduk, grandi dèi, | costruttori delle abitazioni, dei santuari, che consolidate i luoghi sacri,... Scongiuro. Ea, Šamaš, Marduk, signori del cielo e della terra, | voi siete i costruttori di città e case!» [*A Ea Šamaš e Marduk*, in Castellino 1977, p. 573]. Allo stesso modo è descritta poeticamente la costruzione del tempio (e della successiva città che lo circonda) Eninnu a Ningirsu e a Baba nei cilindri A e B di Gudea. «Quando nell'universo si decisero le sorti, | Lagaš levò il capo al cielo (esaltata) con grande destino | Enlil volse lo sguardo compiaciuto al signore Ningirsu (dicendo): | "Nella nostra città s'è realizzato ciò che si conveniva"» [*I cilindri A e B di Gudea, ibid.*, p. 216]. Gilgamesh, secondo il mito, eresse le potenti mura di Uruk ma con doni elargiti all'umanità dal dio Enki. A Sargon (2334-2279) si fa risalire invece il fatto rivoluzionario della fondazione ex novo di una città (Akkadū) per solo volere umano, un millennio dopo, circa, la mitica nascita di Eridu e di Ur.

Si trova questa tipologia anche in Egitto, sebbene qui il Faraone come Dio vivente operi di persona, specie nella costruzione dei templi, e non abbia quindi bisogno dell'intervento degli dèi. Nella Grecia antica la città risulta spesso opera divina, come per Sparta: «Questa città lo stesso figliuolo di Crono, lo sposo | d'Era dal vago serto, d'Eracle ai figli diede» [Tirteo, framm. 1, vv. 1-2]. E che sia opera divina risulta anche dal fatto che lo sbaglio del singolo coinvolge la città, da ritenere sempre come una totalità e non come una somma di persone, come sottolinea Esiodo: «A quelli invece, cui sta a cuore la iniqua violenza e le opere scellerate, ad essi il Cronide Zeus onniveggente fa realizzare la sua giustizia. Spesso anche un'intera città soffre a causa di un uomo malvagio» [*Le opere e i giorni*, vv. 238-41]. Allo stesso modo i pitagorici intendevano la città come speculare al mondo divino: «Pensando che la giustizia meglio si stabilisce là dove imperano gli dèi, [Pitagora] ordinò la costituzione della città e le leggi e la giustizia e il diritto, rifacendosi a quel principio superiore che è il governo degli dèi» [Giamblico, *De vita Pythagorica*, 174]. Ma già nel *Protagora* di Platone la nascita della città è ascritta alla pericolosità del vivere in mezzo alla natura; dove gli uomini cadevano preda delle fiere, «cercarono allora di radunarsi e di salvarsi fondando città». Ma, poiché non possedevano l'arte politica, essi si offendevano

tra loro e continuavano a radunarsi e disperdersi; «allora Zeus, temendo per la nostra specie, minacciata di andar tutta distrutta, inviò Ermes perché portasse agli uomini il pudore e la giustizia, affinché servissero da ordinamento della città e da vincoli costituenti unità di amicizia» [322c].

Esiste dunque una variante, se non sono gli dèi a creare la città essi elargiscono tuttavia le condizioni indispensabili per la sua esistenza. Ma nel contempo si fa anche strada l'idea di una «naturalità» del rapporto che si instaura nella città. Sempre nel *Protagora* Ippia fa infatti la seguente affermazione: «Voi qui presenti,... io ritengo che siate tutti quanti parenti, familiari, concittadini per natura, non per legge. Per natura il simile è parente del suo simile, mentre la legge, tiranna degli uomini, compie molte violenze contro natura» [*ibid.*, 337c-d]. Le strutture paleocittadine, quali la divisione in tribú e famiglie, sembrano dunque ancora rappresentare la base su cui si è fondata la nuova associazione umana cittadina. In Platone si assiste a una sorta di rovesciamento della prospettiva; della città viene infatti proposto nella *Repubblica* un modello ideale che pare contrapporsi nettamente a quello esistente, in una visione quasi teocentrica e autoritaria [cfr. Vernant 1965, trad. it. pp. 256-84].

Ma è con Aristotele che il cammino della naturalità della creazione cittadina viene compiuto globalmente. Il processo esposto è identificato a tappe successive: dapprima si associano la femmina e il maschio a causa della riproduzione, da cui la famiglia; al fine di raggiungere un'«utilità meno angusta e piú complessa» piú famiglie si riuniscono nel villaggio in cui le persone sono legate da vincoli di parentela. Infine «la comunità che risulta di piú villaggi è lo stato, perfetto, che raggiunge ormai, per cosí dire, il limite dell'autosufficienza completa: formato bensí per rendere possibile la vita, in realtà esiste per render possibile una vita felice. Quindi ogni stato esiste per natura, se per natura esistono anche le prime comunità: infatti esso è il loro fine e la natura è il fine... Da queste considerazioni è evidente che lo stato è un prodotto naturale e che l'uomo per natura è un essere socievole» [*Politica*, 1252b, 29 - 1253a, 4].

Esclusi quindi gli interventi divini, la città diviene un modo d'aggregazione, il superiore, del fenomeno generale dell'associazione umana secondo un ordine naturale. La razionalizzazione, o forse meglio la «laicizzazione» della fondazione e origine delle città greche, avviene dunque molto tardi rispetto all'affermarsi del fenomeno. Un fatto analogo era avvenuto in Mesopotamia; solo con Sargon la fondazione della città diviene un'opera della volontà umana, sia pure se con il favore divino. Pare quasi che con l'incremento della multiformità e della complessità della vita cittadina, il mito della sua fondazione divina venga progressivamente meno a vantaggio di una sua concezione piú strettamente dipendente dal volere umano.

Tuttavia, questa concezione dello spazio cittadino in cui si articola già nel VI secolo la vita greca è tutt'altro che unitaria. Lévêque e Vidal-Naquet hanno individuato una sorta di onda a tre fasi nell'idea dello spazio greco tra il VI e il IV secolo. Dapprima, con la riforma di Clistene fino ad Anassimandro, «la visione politica d'una città governata dall'*isonomia*», con «unità d'atmosfera intellettuale, corrispondenza fra spazio fisico e spazio civico, solidarietà della filosofia e della vita pubblica», caratteri propri del VI secolo [Vernant 1965, trad. it. p. 256]. Nel V secolo queste corrispondenze vengono meno e «il mondo dei geometri e degli astronomi si separa da quello della città» con una frattura profonda tra comunità politica e i matematici; la città non è piú immaginata come un'unità ma «composta da parti molteplici, le cui funzioni son differenti le une dalle altre» [*ibid.*, p. 257]. Anche lo spazio si funzionalizza alle varie attività (politica, amministrativa, religiosa, economica) preludendo al differenziamento interno oltre che mentale. Nella fase successiva (IV secolo) la nozione fondamentale sembra essere divenuta ormai quella della «proporzione», che porta a una concezione e visione spaziale della città di tipo gerarchico «permettendo nello stesso tempo di vedere nelle istituzioni della *pólis* l'immagine "analogica" d'un ordine superiore all'uomo, cosmico o divino» [*ibid.*, pp. 257-58]. L'ordine della città viene fissato avendo a mente l'ordine e il movimento degli astri e dallo sforzo di rendere compatibile l'ordine reale si passa alla contrapposizione dell'ideale al reale, come appunto nella *Repubblica* di Platone.

Vernant non concorda del tutto sull'interpretazione di Lévêque e Vidal-Naquet; per lui Platone si sforza di reinterpretare l'ἰσονομία di Clistene in uno spazio piú allargato che comprenda città e campagna all'unisono. Ma, nell'ottica del problema che qui si esamina, questa difformità non è forse rilevante; in effetti la questione sembra essere un'altra. In un primo tempo la tradizione riporta l'idea che la città e il suo ordine interno, la sua costituzione, siano opera degli dèi o di un dio (Sparta), successivamente, nella fase delle leggi (Solone), l'ordine interno viene ancorato alle leggi divine (Eraclito dirà che «tutte quante le umane leggi sono nutrite da quella sola divina» [Epifanio, *Adversus haereses*, III, 2, 9]). La scoperta poi di un mondo naturale dotato di un proprio ordine conferisce sia alla città sia alle leggi una origine convenzionale, di «invenzione» degli uomini, per cui, per Democrito, «il saggio non deve ubbidire alle leggi, ma vivere da uomo libero» [Sesto Empirico, *Adversus mathematicos*, IX, 54] mentre Crizia sosteneva che gli antichi legislatori finsero dio come una specie di ispettore delle azioni umane. Dunque, mentre all'inizio gli uomini obbedivano a chi rappresentava la divinità (eroi fondatori e sacerdoti interpreti diretti del volere divino) riconoscendogli la somma del sapere divino *e* politico, successivamente, con Clistene e la sua riforma, il sapere politico acquista autonomia e rientra nel bagaglio dei cittadini della πόλις. È il momento della nascita dell'ἀγορά, del βουλευτήριον che vi si costruisce come sede dei Cinquecento, della κοινὴ ἑστία che identifica il centro «affettivo» della città, e, infine, del δῆμος, del popolo unitariamente inteso [cfr. Vernant 1965, trad. it. pp. 246 sgg.]. Il sapere politico sembra costituire un patrimonio comune, donde la democrazia. Ma ben presto il sapere politico, che è una visione universale e cosmica dell'uomo e della sua città nelle totalità dei rapporti che la definiscono, produce delle gemmazioni, la geometria e l'astronomia, la matematica e, infine, la filosofia. L'ἀγορά, lo spazio pubblico per eccellenza, non pare piú in grado di ridistribuire a tutti i cittadini queste nuove forme di sapere che tendono perciò a concentrarsi e a istituzionalizzarsi attraverso le scuole che nascono in questo periodo. Contemporaneamente alla gemmazione del sapere 'scientifico', anche il sapere tecnico si differenzia

dando vita alle arti e ai mestieri specializzati i cui protagonisti si fissano stabilmente nella città abbandonando la loro vita di tipo seminomade e itinerante.

In questo quadro assai piú multiforme della città, a chi spetta la supremazia politica, il reggimento del corpo sociale? Nel mito di Prometeo del *Protagora*, Ermes chiede a Zeus in qual modo debba distribuire Giustizia e Pudore tra gli uomini: «"Debbo distribuire giustizia e pudore come sono state distribuite le arti? Le arti furono distribuite cosí: uno solo che possegga l'arte medica basta per molti profani e lo stesso vale per le altre professioni. Anche giustizia e pudore debbo istituirli negli uomini nel medesimo modo, o debbo distribuirli a tutti?" "A tutti, rispose Zeus, e che tutti ne abbiano parte: le città non potrebbero esistere se solo pochi possedessero pudore e giustizia, come avviene per le altre arti"» [322c-d]. Sembrerebbe, dunque, che mentre può essere consentito un «sapere specifico» localizzato in certe persone, perché esso non turba l'insieme delle relazioni e non costituisce pertanto una minaccia, la localizzazione del «sapere globale» (l'arte politica) in un numero ristretto di persone costituisca lo strumento primo e capitale della disgregazione della città, ma non di una città qualsiasi bensí di *quel* tipo di città dotato di *quella* determinata costituzione politica. Ne consegue che l'arte politica (Giustizia e Pudore) diventa il termine intermedio su cui premono la conoscenza scientifica da un lato, come massimo interprete dei fini generali dell'uomo (il sapere globale), e la conoscenza tecnica (il sapere specifico) che crea diversità nel modo di considerare concretamente il benessere della collettività e di alcune sue parti. A questo proposito già Solone aveva detto: «Ma questa gran città, con la loro stoltezza, fiaccare | vogliono i cittadini, che al Lucro hanno la mira» [framm. 2, vv. 5-6]. La costituzione politica ateniese si basava su una uguaglianza generale di condizioni per la partecipazione politica e l'avvicendamento alle cariche, che i fatti andavano dimostrando sempre piú lontana dalla effettiva evoluzione della vita cittadina. Istituzioni politiche e nuove forme di istituzioni sociali (l'educazione filosofica e quella tecnico-artigianale e commerciale) non coincidevano piú ed erano anzi conflittuali. L'autosufficienza economica originaria del cittadino ateniese, che gli lasciava tempo e disponibilità per essere attivo alla vita pubblica in una relazione di reciprocità (proprietario terriero e quindi cittadino, cittadino e quindi proprietario terriero), teoricamente doveva consentirgli un avanzamento nelle forme culturali, specie filosofiche. Ma, o che il sapere delle scuole non fosse cosí diffuso o che, non essendo questo ritenuto necessario all'arte politica, non venisse praticato, o che la istituzionalizzazione che emergeva in questo campo creasse delle discriminazioni, nel v secolo si assiste a questa divaricazione, la cui conseguenza principale sta in una sorta di rivendicazione da parte di alcuni di avere maggiori capacità nel governare. Per quanto diverso, il discorso di Platone e di Aristotele sulla classe politica si colloca su un piano di discriminazione. La visione complessiva è quella di una società suddivisa in ordini istituzionalizzati, le cui relazioni si dispongono in una scala gerarchico-funzionale. Se da un lato le modificazioni economiche hanno avuto gran parte nella nuova idea della città e delle sue istituzioni, d'altro canto non sembra errato inserire anche nel diagramma questa suddivisione e specificazione del sapere e delle pretese che

ne sono scaturite, dopo un periodo nel quale l'arte politica era condivisa dai cittadini in maggior numero ed era pertanto piú equamente ridistribuita. Già Democrito aveva affermato che il comandare appartiene per natura a chi è superiore; la nozione di superiorità sembra aver compiuto una curva parabolica, dall'unicità dell'eroe mitico, depositario di tutto il sapere di origine divina e perciò sacro, e detentore anche in virtú di ciò del potere (sacro e divino anch'esso), alla democrazia fondata sull'arte politica «naturale» largamente posseduta nel δῆμος, per concludersi infine nella società funzionale di Platone (ideale, ma rappresentativa delle tensioni in atto) dove spetta solo ai sapienti il governo della πόλις. Costoro sono dotati di una sapienza lontana da quella di origine divina dei primi tempi, dell'era arcaica; tuttavia qualcosa accomuna i due periodi. È infatti proprio il concetto di «proporzionalità», cui fa riferimento Vernant, che collega le forme del sapere con le forme del potere, per cui i due termini, nella varietà con cui essi via via si presentano, procedono in una sorta di sincronia, che non sempre è definibile semplicemente secondo le istituzioni rappresentative del governo, e cioè regno (sapere centrato in una persona), democrazia (sapere diffuso nel δῆμος), aristocrazia (sapere centrato in un gruppo). Nel tentativo del pitagorico Archita di fare di Taranto una città secondo le idee del maestro, non si può vedere solo un sistema aristocratico, ma, forse, un'idea d'armonia che esigeva una continuità decrescente del sapere e del potere, senza salti o cesure [cfr. Vernant 1965, trad. it. p. 257].

2.3. Le forme istituzionali del sapere e della trasmissione del sapere.

Tuttavia parlare di sapere e potere, di saperi come istituzioni, può riecheggiare un adagio («sapere è potere») quanto mai frustro. Occorre quindi chiedersi: come sapere? quale sapere?

Non v'è dubbio che l'area del sapere sia scaturita dal mito e dalla magia, prime forme con le quali l'uomo ha cercato di «addomesticare» l'ambiente che lo circondava per potervisi muovere senza rimanere preda di un'angoscia esistenziale continuata. Che mito e magia rappresentino le prime forme di conoscenza stanno a testimoniarlo una vastissima letteratura in merito, che si avvale sia di fonti classiche sia di fonti antropologiche. Tali fonti non sono sempre facilmente decifrabili, per la «distanza mentale» che spesso ci separa da esse; tuttavia v'è una sorta di convergenza fra certi risultati dell'antropologia e lo studio del periodo arcaico.

Nel celebre saggio *L'origine des pouvoirs magiques dans les sociétés australiennes*, Hubert e Mauss esaminavano le modalità attraverso le quali avvenivano, secondo la tradizione orale, la trasmissione del sapere magico. Due sostanzialmente erano i modi: per rivelazione, o per iniziazione da altri maghi-stregoni. Una terza forma era una combinazione delle precedenti, cioè una rivelazione «mistica» tramite una sorta di procedura iniziatica. I fatti importanti a questo punto sono i seguenti: questo sapere si trasmette per individui privilegiati, nel senso che esiste una corporazione ristretta e che «il mago occupa una posizione di privilegio che andrà aumentando col passare degli anni: talvolta,

quando i gruppi hanno dei capi, egli diventa capo del gruppo» [1909, trad. it. pp. 165-66]. Tale sapere magico dà allo stregone i caratteri del «diverso», «egli si sente diverso e non mena la vita che gli altri menano e questo sia per bisogno di imporsi agli altri, sia per bisogno di imporsi a se stesso» [*ibid.*, p. 166]. Se è divenuto diverso, tale è destinato a rimanere «ma questi spiriti e questi poteri permangono ed esistono solo grazie al consenso sociale, all'opinione pubblica della tribú» [*ibid.*, p. 169]. Tre elementi, dunque: le due vie della trasmissione del sapere, la diversità connessa a volte col potere, il consensus sociale. Nella prefazione alla sua ultima opera, purtroppo incompiuta, Colli ha messo in evidenza proprio questi tre punti per la Grecia arcaica. La sapienza greca ha i due volti di Apollo e di Dioniso, del modo di conoscere sereno e folle, della sapienza tramite la parola e tramite la possessione. L'antitesi può manifestarsi però piú apparente che reale: «Difatti è l'estasi e la sua follia a fare sorgere la poesia di Orfeo, ed è qui che si dimostra piú profondo, piú significativo il legame tra Dioniso e Apollo» [1977, p. 37]. Non diversamente dal mago che introiettava misticamente entro di sé i cristalli di rocca per passare poi, dopo la rivelazione o l'estasi, alla iniziazione, i misteri eleusini portavano i pochi, selezionati attraverso un insieme di riti, a *vedere* la sapienza dopo essere passati per la «filosofia» sottesa al canto orfico. Pochi e selezionati, secondo l'interpretazione di Colli: ancora una volta il sapere ha una modalità misterica di trasmettersi, di passare da una parte all'altra, che acquista in Grecia per di piú la forma dell'enigma, della parola che nasconde la sapienza che appare ad altri. La diversità, infine: «Si mostra la crudeltà di Apollo: chi nasce alla sapienza non ne gode, è intrappolato in una tenzone perigliosa (quella per la conoscenza, in Grecia, è la gara suprema)» [*ibid.*, p. 27]. La diversità è l'altra condizione essenziale per aspirare all'egemonia – che con la sua radice di «pensare» e «giudicare», secondo Benveniste, si pone come relazione tra la sapienza e l'aspirazione al dominio politico. Tutti i paragoni fra il re e il pastore del gregge che sovrabbondano nella Mesopotamia e nell'Egitto del periodo dinastico, nella Grecia arcaica e nella stessa Bibbia sottolineano proprio questo elemento: la diversità, la superiorità «naturale» del pastore verso il gregge dato che si tratta di *due specie diverse*, una nettamente superiore all'altra.

Tuttavia, una volta stabilita questa forma analogica con cui il sapere viene acquisito e trasmesso, non è certamente chiaro il meccanismo per cui in una forma, quella cittadina, esso dia vita a istituzioni che si ricollegano direttamente con il nostro tempo, mentre nell'altra forma – quella cosiddetta primitiva – il sapere rimanga una dote e una qualità da cui non scaturisce il fenomeno urbano e delle istituzioni connesse. L'aver sottolineato il fatto che questo sapere magico e iniziatico è distribuito in gruppi ristretti che ne stabiliscono le modalità di trasmissione è certo un elemento tutt'altro che secondario. Siano le caste sacerdotali dell'Egitto o della Mesopotamia o i *witchmen* azande o i *kashina* hopi o, ancora, i misteri eleusini o le scuole pitagoriche, ci si trova dinanzi quasi ovunque al medesimo fenomeno élitario della trasmissione di certe conoscenze. E tuttavia le differenze si presentano anche sensibili. Nell'affermazione di Hubert e Mauss lo stregone è visto come portatore di una diversità che può

anche farlo diventare un capo; ma che ciò accada non è poi cosí frequente come parrebbe. I *witchdoctors* azande, come i loro omonimi in tutta l'area circostante, per quanto molto rispettati e qualche volta temuti, rimangono sempre ai margini della società, il che è dimostrato oltre tutto dal loro essere itineranti e raramente fissi in un villaggio perché si recano là dove viene richiesto il loro intervento. In genere, dunque, non diventano capi. È da dire però che questi ultimi, per conto loro, giustificano spesso il loro potere con l'attribuirsi delle potenzialità superiori, di origine o natura magica. Per costituzione, ad esempio, i capi azande del clan reale Avongara sono insensibili alla fattura e specie all'avvelenamento, sebbene poi lo temano costantemente; ma il non essere stregoni, il non rientrare quindi nel circolo magico che coinvolge l'intera società sottostante, conferisce loro una superiorità [cfr. Evans-Pritchard 1937, trad. it. pp. 68 sgg.].

Ma questo termine 'magia' racchiude sempre lo stesso significato o, invece, denota delle diversità? Se la magia, come forma di conoscenza del mondo nelle sue tre dimensioni del vivente (che è *sulla* terra), di ciò che sta *sotto* il vivente (che è morto ma che può tornare a vita) e di ciò che sta *sopra* il vivente (che sembra dotato di eterna vita e vitalità), rivela un connotato comune, esistono tuttavia diverse sfere in cui essa si manifesta e diversi modi in cui si relaziona all'umano. Vi è infatti una magia che è connaturata con la rappresentazione collettiva che la comunità ha di se stessa e che si può identificare o nel gruppo in quanto tale, o nel sangue del mitico fondatore e dei suoi discendenti o nell'eroe presente per ciò che ha «fatto», che testimonia una superiorità non spiegabile se non con una dotazione magica. Ad essa segue – non in un ordine di importanza – la magia quotidiana, la magia dell'ordinario, connessa con tutte le attività normali, pratiche della vita. Ogni gesto, dal seminare al contrarre matrimonio, implica una ritualità quasi sempre magica. Quest'ultima non è quindi concentrata, bensí diffusa e risaputa da chiunque, fa parte del patrimonio culturale collettivo perché associata a tutti i comportamenti e in quanto tale viene trasmessa assieme agli atti dall'uno all'altro continuamente e senza preclusioni. Ultima è la magia dello straordinario (conosciuta da pochi e appresa col sistema personale ristretto maestro-apprendista), che è connesso con avvenimenti che fuoriescono dal ritmo abituale e che sono quindi difficilmente spiegabili con la magia abituale. In genere è in questa sfera della magia che intervengono come «specialisti» gli stregoni tanto per predire quanto per spiegare. Costoro sono dunque specialmente dotati per cogliere lo straordinario, ma in questa veste non sembrano far parte pienamente della società dato che la loro presenza è desiderata quanto temuta. Tra gli Azande la peggiore accusa era appunto quella di essere uno stregone (*sorcerer*) che usava la fattura per colpire la persona odiata, e stregoneria e fattura rappresentano l'altra faccia di questa magia dello straordinario, che guarisce e colpisce contemporaneamente.

Della magia dell'ordinario fa parte anche la conoscenza cosmica, la cosmogonia che è poi la struttura nella quale si definiscono tutte le singole unità semantiche che fanno parte del bagaglio delle conoscenze quotidiane. Che essa sia poi colta con maggiore unità da alcuni piú che da altri non intacca la considerazione del suo essere un patrimonio culturale comune, come affermava

Griaule nella prefazione al suo studio sui Dogon: «Pur non essendo conosciuta, nel suo insieme, che dai vecchi e da alcuni iniziati, questa dottrina non è esoterica perché ogni uomo che abbia raggiunto la vecchiaia può possederla. Sacerdoti totemici di ogni età ne conoscono le parti corrispondenti alla loro specialità. Di piú: i riti che si riferiscono a questo corpo di credenze sono praticati dal popolo intero» [1966, trad. it. p. 11].

Per quanto siano varie, queste modalità del sapere non hanno mai dato vita nella società africana subsahariana alla nascita della città e alle sue tipiche istituzioni. Se il problema non si situa nelle modalità del sapere, forse esso si colloca negli oggetti del sapere. Quale sapere, dunque? In parte quest'argomento è già stato affrontato perché sotto alcuni aspetti contenuto del sapere e modalità di trasmissione presentano alcune equivalenze. Esistono varie categorie del sapere. Una, quella cosmogonica, sembra un patrimonio comune. Le differenze di quantità riscontrate in questo caso, per cui solo alcuni – come nel caso dei Dogon – parevano in grado di trasmettere ordinatamente la totalità non sembrano avere una particolare incidenza nella vita associata. I miti hanno attinenza qui ai tabú, alle regole matrimoniali, al significato degli animali e della vegetazione: elementi noti a tutti, anche se non in una forma del tutto organica.

Strettamente connessa con quest'ultima è la conoscenza che riguarda le relazioni da stabilirsi fra processo generativo della natura e sua utilizzazione da parte degli uomini per la loro sopravvivenza. Esso è una forma di sapere tecnico che risulta però associato a forme mitiche e magiche; il «mito del Fagiolo» raccolto da Jack Goody tra i LoDagaa è raccontato in una società segreta che supera i confini stessi della popolazione in questione; una società segreta però che – secondo i calcoli dell'antropologo – copre il 75 per cento della totalità [1972, p. 39]. Il fatto che questo mito riproduca le forme e le tecniche di coltivazione dei vari prodotti nella zona gli conferisce appunto una qualità piú specifica che puramente mitica – da cui lo scetticismo di Goody nella considerazione del ruolo centrale del mito sostenuto invece da Malinowski, Lévi-Strauss e altri [*ibid.*, p. 33] –, e ciò spiega assai probabilmente come esso sia stato largamente diffuso, al fine di proteggersi dalle preoccupazioni e dal disordine, per tutelare il proprio benessere [*ibid.*, p. 39]. Anche in questo settore si riscontrano dunque delle analogie: vi è un sapere mitico cosmogonico diffuso, rivestito spesso di magia, un sapere tecnico generale diffuso, collegato al processo generativo della natura e rivestito anch'esso di magia e mito, e un sapere invece piú localizzato e specifico (quello degli stregoni o dei fabbri) pervaso dalle stesse connotazioni.

Nell'età arcaica della Grecia le cose si svolgevano piú o meno nello stesso panorama generale. Anche in questa dimensione le forme del sapere magico-mitico si risolvevano in cosmogonie, piú o meno possedute dalla generalità della popolazione greca, nella magia ordinaria e quotidiana, connessa sia ai comportamenti umani sia alle tecniche di coltivazione – e a questo proposito non è estranea a questa forma la capacità di diffusione della poesia greca e romana collegata al mondo agricolo, come per le *Georgiche* e le *Bucoliche* virgiliane. Vernant sostiene infatti che «la coltura della terra non è essa stessa nient'altro

che un culto, che istituisce il piú giusto dei commerci con gli dèi» [Vernant 1965, trad. it. p. 293]. Il lavoro agricolo non costituisce dunque un sapere «specializzato», un tirocinio che si apprenda con procedimenti segreti, esso è anzi del tutto opposto a chi è «*industrius*, letteralmente 'che costruisce all'interno, di nascosto'» [Benveniste 1969, trad. it. p. 236]. Quanto al sapere magico dello straordinario, anche in Grecia trova delle forme analoghe a quelle africane, per quanto là forse di maggior respiro e risonanza; basterà citare il famoso oracolo di Apollo a Delfi, come il piú esemplificativo. Tuttavia sarà bene notare che le zone oracolari sono tutte sacre: in effetti non appartengono che al Dio; esse sono dunque «fuori», all'esterno del fenomeno della città-stato, sono marginali e non fanno parte dello spazio politico vero e proprio della città. I Romani, da parte loro, non amavano molto queste manifestazioni e le esclusero il piú possibile dalla vita della loro città [cfr. Dumézil 1966, trad. it. pp. 112 sgg.].

Rimane tuttavia pur sempre il fatto dell'esistenza della città da un lato e della sua mancanza dall'altro. Il problema dunque deve essere affrontato sotto una diversa angolatura. In quale misura queste forme del sapere si possono ricollegare al costituirsi delle istituzioni e rappresentare un elemento discriminante tra le due realtà, città e non-città? I miti che si riferiscono alla fondazione dei gruppi non pare che servano molto ad illuminare questo aspetto. Sia in Mesopotamia, sia in Egitto, sia in Grecia ma cosí pure in Africa essi hanno una sostanziale unità che mostra un mitico dio-eroe valoroso e onnisciente fondatore del gruppo. L'origine del regno dei Lunda non differisce di molto dall'epopea di Gilgamesh: in entrambi si ascrive a una personalità «eccezionale», «diversa» la formazione della società. Il fenomeno città collegato all'eroe è del resto accettato da Mumford che vede nella cittadella, che gli scavi archeologici hanno mostrato essere il punto centrale della città, anche della piú antica (Ur), il nucleo dal quale un condottiero militare ha costretto i villaggi rurali a coagularglisi attorno [cfr. Mumford 1961, trad. it. pp. 34 sgg.]. Sebbene egli parli di unione delle forme del Paleolitico e del Neolitico, di sistemi piú complessi della vita sociale ed economica, il momento chiave pare essere stato il condottiero militare. Per Marx e per Gordon Childe è invece il processo produttivo che ha portato alla costituzione della città; viene omessa l'analisi del «momento» per inserirla all'interno di una fase di ristrutturazione dell'economia. «La seconda forma [di proprietà fondiaria nel mondo antico] – che al pari della prima ha generato localmente, storicamente, ecc. modificazioni sostanziali – e che è il prodotto di una vita piú dinamica, storica, ossia dei destini e delle trasformazioni delle tribú originarie... presuppone cioè come base non la campagna, ma la città come sede già creata (centro) della gente di campagna (proprietari fondiari). La campagna appare come territorio della città; non è il villaggio ad apparire come puro accessorio della campagna» [Marx 1857-58, trad. it. p. 454]. Ma ben poco viene detto su tale presupposto, se non che il dispotismo orientale sia nato sulla base dell'utilizzo dell'acqua, che in Occidente spingeva a forme di associazione volontaria mentre in Oriente, fermo a uno stadio piú rudimentale e con estensioni assai piú vaste da regolare, imponeva forme di centralizzazione del governo. La città sarebbe divenuta quindi la sede di questa forma dispotica orientale.

Queste ultime affermazioni implicano la trattazione di due ulteriori aspetti: il potere e le condizioni ambientali; dopo di che occorrerà esaminare come le forme di sapere suesposte si combinano con tali elementi.

2.4. Potere e Stato.

Vi è stata sempre una notevole riluttanza a qualificare come Stati le associazioni politiche dei gruppi primitivi, fossero essi Boscimani o Shoshoni (raccoglitori e cacciatori dispersi in piccoli gruppi cellulari), dove tale dizione era ovviamente esclusa, o Lunda o Azande (per la verità Evans-Pritchard parla di uno Stato zande). Tale riluttanza derivava dal fatto che, per quanto si riconoscessero aspetti e funzioni similari, le strutture politiche e le istituzioni dei primitivi lasciavano sempre un'impressione di diversità con quelle occidentali. Gli esploratori portoghesi del Quattrocento e Cinquecento preferirono la dizione *reino* (*Reino do Congo*) che creava meno equivoci; l'eventuale pariteticità veniva spostata verso il basso ed era piú consona alla associazione politica originaria, come del resto si coglie nel *Deuteronomio*: «Quando sarai venuto alla terra che il Signore, tuo Dio, ti dà e ne avrai preso possesso e ti sarai stabilito in essa, dirai: Voglio mettere sopra di me un re come tutte le nazioni che sono intorno a me, poni sopra di te un re che il Signore, tuo Dio, avrà scelto: da mezzo ai tuoi fratelli metti su di te un re, non potrai porre sopra di te uno straniero che non sia tuo fratello» [17, 14]. Ciò derivava dall'osservazione che raramente l'autorità del re era stata vista come assoluta, sovrana dato che era sempre esercitata dal capo (da cui il neologismo francese *chefferie* per indicare l'entità politica) in associazione con altri organismi, quale il consiglio degli anziani, i capi lignaggio, i piú prestanti uomini di guerra, ecc. Queste forme di esercizio del potere non davano comunque luogo a istituzionalizzazioni di tipo occidentale con la nascita di apparati di funzionari; questo passo cominciò semmai proprio con le prime attività di commercializzazione, almeno in Africa, con i popoli mediterranei (Arabi ed Europei), ma non fu mai un carattere interno, autonomo, del continente a sud del Sahara. Che l'origine di questo potere dei capi si faccia risalire alla parentela (il piú vicino al sangue del mitico fondatore assume le funzioni di capo) o al carattere violento derivante da una scorreria o conquista e sottomissione di un gruppo o ad altro, poco importa. Quel che conta è la natura di questo potere e il fatto che da questo potere non nascono istituzioni di tipo strutturato e istituzionalizzato di marca «cittadina».

Al contrario, sin dal loro sorgere, le città della Mesopotamia e l'Egitto mostrano una decisiva tendenza ad orientarsi su una strada ben diversa, a istituzionalizzare in maniera funzionariale tutte le forme del potere (religioso, giuridico, economico, sociale). Se v'è dunque una certa identità nel modo di tramandarsi la nascita dell'associazione umana (eroe fondatore, dio, ecc.), esiste anche una divaricazione completa nell'uso del potere che da questo fatto mitico deriva tradizionalmente. Non solo l'istituzionalizzazione ma anche la dimensione spaziale è del tutto opposta: contro il villaggio rurale che domina il panorama africano o nordamericano precolombiano stanno gli agglomerati urbani dell'Oriente antico (dal Nilo allo Huang-ho). Degna d'interesse è poi la presenza accertata del villaggio rurale in quest'ultima area prima della fase urbana. Çatal Hüyük è un villaggio rurale nella zona di Konya (Turchia), che risale al 6500-6000 a. C. e che mostra le stesse singolarità nella costruzione dei villaggi pueblo hopi dell'Arizona: le case addossate le une alle altre costituiscono altrettante cellule autosufficienti e indipendenti con l'entrata dal tetto (come nel Pueblo della Mesa verde). A Çatal Hüyük mancano gli spazi pubblici (l'area comune o piazza), il che fa ritenere, assieme alla inesistenza di un «palazzo», una assai scarsa incisività delle forme di potere da parte di un «centro» e una pariteticità di fondo tra le varie cellule familiari. Il villaggio africano non presenta una sostanziale diversità, sebbene qui le capanne dei capi (specie nella zona del Sahel e dell'Africa orientale influenzata dagli Arabi) mostrino una loro articolazione speciale nei confronti del resto e sebbene, ancora, lo spazio pubblico sia facilmente individuabile, tranne che nei gruppi assai ridotti e seminomadi. Il potere insomma esiste e manifesta una sua identificazione ma non una decisiva superiorità e tanto meno una dislocazione spaziale cittadina. Anche i grandi raggruppamenti yoruba preesistenti all'arrivo dei primi Portoghesi non sembrano aver posseduto i tratti che si attribuiscono alla città; essi costituivano villaggi rurali assai estesi nello spazio, tuttavia ciascun nucleo era pur sempre teso a realizzare soprattutto la propria autosufficienza.

A Ur, al contrario, gli scavi di Woolley [1955] hanno mostrato come proprio il palazzo e il tempio (il circuito sacro, il τέμενος) rappresentino il nucleo agglutinante della futura città. Per di piú tutte le città antiche (in Mesopotamia e Palestina, in Grecia) presentano un'altra caratteristica: sono tutte murate (mura circolari in una prima fase e rettangolari successivamente). Esse mancano invece in Egitto, di cui si conoscono quasi esclusivamente le città dei morti (necropoli) e poco o nulla quelle dei vivi. Ma ciò dipende dalla continuità di unità politica che ha goduto il paese, pur con l'esistenza di un regno duale (Alto e Basso Egitto), e dall'isolamento di cui ha potuto fruire rispetto a potenziali nemici esterni per la sua posizione geografica. Anche molti villaggi rurali africani presentano opere di difesa; il *kraal* di molte popolazioni dell'Africa australe aveva una cinta difensiva di pali, ma ciò non denotava una discontinuità cosí netta tra uno spazio (quello abitato) e l'altro (quello del lavoro) che si trovava all'esterno, come quella della città che definiva invece due quadri spaziali e umani (città/agro) nettamente differenziati.

Forme di esercizio del potere esistono dunque in entrambe le situazioni, ma, a dispetto del fatto che spesso vengano fatte derivare da un fenomeno che tradizionalmente le unifica nell'origine, natura, esercizio e connotazioni di tale potere divergono fortemente senza che siano spiegabili in quest'area di significato.

2.5. L'ambiente.

Rimane infine l'ambiente. Anche qui le analogie sono numerose e altrettante, alla fine del processo, le divergenze. Sia nel villaggio rurale tradizionale (del mondo antico o delle società tradizionali) l'attività fondamentale è la colti-

vazione delle piante alimentari e l'allevamento di alcune specie animali (varie a seconda dell'ambiente). Ma anche la città fonda le sue entrate e la sua vita sull'attività agricola; gli abitanti della città sono in gran parte agricoltori che svolgono la loro attività nello spazio che sta fuori delle mura. Tuttavia a un'analoga attività corrispondono due entità del tutto diverse. Dal Neolitico in poi, del resto, l'umanità è stata fino a poco tempo fa una immensa congerie di società agricole, che traevano da questo settore la massima parte dei propri mezzi di sussistenza. Tuttavia quest'attività si è esercitata in ambienti tra loro assai differenziati; è possibile ascrivere a queste diversità processi di sviluppo divergenti? È troppo nota la condizione ambientale delle cosiddette civiltà fluviali (Egitto, Mesopotamia, India, Cina) per dovervi insistere. In genere si tratta di zone ad un tempo fertili e difficili da dominare, circondate da aree scarsamente produttive (steppe, deserti o alte montagne). Sembra comunque che dopo l'ultima glaciazione si sia avuta una fase di «riscaldamento» (8000 circa a. C.) che abbia indotto popolazioni sparse a concentrarsi in queste valli per l'inaridimento progressivo delle aree circostanti. Aumento della popolazione su territori piú ristretti e difficoltà di dominare a livelli «locali» l'ambiente (specie il regime delle acque) sono posti a base della nascita delle città-stato in Mesopotamia e dei due regni in Egitto. La diversità tra questi due sistemi politici sta nel fatto che mentre il regime del Nilo pare controllabile a grandi tratti (Alto e Basso Egitto), l'andamento dei fiumi mesopotamici (specie il Tigri) si rivela assai piú capriccioso per la conformazione ambientale e per il processo di formazione del delta. Donde ne sarebbe derivata una sostanziale unità economico-politica nell'area nilotica e una frammentazione in quella mesopotamica, dove gli imperi hanno avuto una esistenza fragile, precaria e poco duratura, e dove hanno prosperato invece le città-stato.

Data la tendenziale unicità del processo, tale interpretazione appare accettabile, attualmente. Essa pone però alcuni interrogativi: con quale processo le condizioni ambientali promuovono forme di potere istituzionalizzato secondo modalità cittadine o secondo le forme del villaggio rurale? In che modo entrano in questo processo le varie forme del sapere? Quali sono le risultanti di questi processi, al livello del problema istituzioni-società, e quali le conseguenze successive?

3. *Il meccanismo originario delle istituzioni.*

Matthiae ha messo in dubbio che le tecniche dell'irrigazione di per sé siano sufficienti a spiegare lo sviluppo urbano originario. Se ad esse di possono ascrivere le basi di tale sviluppo (sforzo comunitario, valutazione teorica dei cicli annuali, accumulo delle eccedenze, differenziazione delle attività e frazionamento della società omogenea), è «alla stabilità che l'agricoltura irrigativa ha garantito alla comunità stanziale nella pianura alluvionale, fondata sulla molteplicità delle colture» [1976, p. 54] che si deve imputare il completamento del processo che finisce poi col rendere inadeguata l'arcaica proprietà individuale

e che porta, dunque, alla proprietà comunitaria. Una sorta di calcolo razionale che, in definitiva, si sarebbe venuto evidenziando con il tempo.

Ma, forse, il problema presenta anche altri aspetti. Si sa anzitutto che la coltivazione dei cereali (orzo e grano) non è originaria delle zone vallive, ma dell'area collinare dove pare esistessero allo stato naturale e selvatico. In effetti le attestazioni archeologiche situano ad oriente del Tigri e in Palestina i primi tentativi di coltura cerealicola. Una prova ulteriore è fornita, per quanto indirettamente e per deduzione, dal fatto che questa forma di coltura non è stata una prerogativa esclusiva dei sedentari delle pianure fluviali; pare che anche i nomadi dell'area mesopotamica praticassero l'agricoltura nelle località considerate come basi fino all'epoca della transumanza [cfr. Fales 1976, pp. 152 sgg.]. Si può anche pensare che le colture cerealicole siano state portate a valle dal paese di Elam proprio dai nomadi; resta comunque il fatto che ambienti diversi comportavano tecniche diverse. Nell'area collinare le conoscenze si presentano, tutto sommato, come piú semplici; una volta acquisite le tecniche colturali connesse con le varie fasi, semina, crescita e raccolto vengono a dipendere soprattutto dalle condizioni atmosferiche. Piú o meno tutto, a questo punto, rimane affidato al clima (al sole e alle piogge). Se oggi sappiamo che il clima obbedisce a delle proprietà esclusivamente fisiche – che possono essere anche il prodotto delle modificazioni apportate dall'uomo all'ambiente –, per gli antichi invece il clima costituiva una manifestazione delle divinità. Sono numerosi i riti giunti fino alla nostra epoca che stanno a testimoniare questo atteggiamento mentale ed essi saranno stati praticati anche nell'area interessata al fine di indurre le forze cosmiche o divine a concedere il loro favore per il bene dei raccolti. Queste forme rituali magico-religiose rivolte a un elemento variabile come il clima non pare che comunque possano essere alla base di fenomeni di aggregazione di tipo cittadino. Né pare che gli sciamani che le praticavano siano mai giunti a posizioni di potere pari a quelle dei re-sacerdoti della pianura alluvionale. Vi hanno concorso probabilmente il carattere seminomade delle popolazioni e le difficoltà di previsione e di risultati che lasciavano queste forme rituali sempre in una posizione di precarietà. È questo un dato riscontrabile in molte popolazioni nelle aree piú diverse. Difficile anche pensare che un certo monopolio delle conoscenze puramente tecniche della coltivazione sia stato all'origine del fenomeno città. Queste conoscenze tecniche, che sono spesso rivestite di magia nei singoli atti che le compongono, sono state infatti elaborate collettivamente in una lunga successione cronologica nei vari gruppi che hanno tramandato le «quantità» sperimentate e acquisite; ad esse non si può conferire il carattere solitario dell'invenzione per cui è impensabile una loro appropriazione a livelli ristretti. Poiché infine la solidarietà originaria si fonda sullo scambio di donne e informazioni, che circolano entrambe nei gruppi esogamici, e poiché pare che le donne abbiano avuto gran parte in queste conoscenze, risulta *oggettivamente* difficile in quella fase ritenere che una forma qualsiasi di monopolio sia alla base di una associazione forzata entro delle mura a beneficio di alcuni.

La conclusione che se ne può trarre è semmai del tutto opposta; in questa fase, infatti, sembra essere esistita una tendenziale unità tra le conoscenze glo-

bali delle tecniche colturali e delle forme magiche connesse e l'effettiva conoscenza costituente il patrimonio culturale e colturale dei vari nuclei cellulari del gruppo, e cioè le famiglie. Conoscenza globale e conoscenza locale tendono perciò ad essere coincidenti e non esistono centri.

Un fatto del tutto analogo avviene nelle numerose società primitive di cui sono rimaste testimonianze, dalle quali risulta che ogni tecnica di coltivazione era diffusa in tutta la popolazione. I missionari gesuiti italiani e portoghesi in Congo nella seconda metà del Cinquecento, la *Relatione del Reame del Congo e delle circonvicine contrade* (1591) di Filippo Pigafetta e l'*Istorica descrizione dei tre regni Congo, Matamba et Angola* (1687) di Giovanni Antonio Cavazzi, sebbene piú attenti (specie i Gesuiti e padre Cavazzi) al fenomeno *feitiço* per i loro fini religiosi, quando parlano di agricoltura e di tecniche mai fanno ritenere che vi siano conoscenze gelosamente custodite da alcuni e non invece ampiamente diffuse. Etnologi ed etnografi dal secolo scorso ad oggi hanno avuto sempre la stessa impressione; del resto il termine 'cultura' riferito a questi popoli sta proprio a denotare il possesso di un insieme di tecniche e di credenze comuni. Con ciò non si vuole certo dire che questa forma comunitaria di conoscenze implicasse uguaglianza in tutto e per tutto. Disparità e disuguaglianze sono esistite anche in queste società, connesse con i regimi della parentela e con le manifestazioni del potere politico, ma, per quanto attiene alla sfera della sopravvivenza, ogni cellula della società poteva contare su un patrimonio culturale e colturale identico e tale da potergli garantire potenzialmente l'autosufficienza. L'incidenza del potere politico in quest'area era tutto sommato bassa; spesso si identificava nella facoltà di distribuire o ridistribuire le terre da coltivare. Ma è da dire che quasi sempre non esisteva un vero problema terra, dato che essa era «relativamente abbondante» ad eccezione di alcuni punti, come negli attuali Rwanda-Urundi - Uganda, il che ha indotto alcuni autori a parlare di forme africane di feudalesimo [cfr. Maquet 1961*a* e *b*; Goody 1963]. In genere va detto che dove l'autosufficienza cellulare costituisce la nota dominante non compaiono ancora disparità rilevanti tra conoscenza locale e globale; e il potere politico si limita ad amministrare la pace sociale. Le modificazioni avvengono proprio quando elementi estranei, quali la produzione per un mercato, si inseriscono in questo panorama e lo sconvolgono [cfr. Fallers 1956; Polanyi 1966].

Condizioni generali diverse, *oggettivamente* diverse, presentano invece le colture fluviali della Mesopotamia antica, dove «la natura non è soggetta ad alcuna disciplina, anzi con furia scatenata contrasta e spegne la volontà dell'uomo, respingendolo sempre piú a fondo nella sua nullità. Lo spirito della civiltà mesopotamica è un riflesso di questa situazione; l'uomo non è tentato di sopravalutarsi quando contempla le forze della natura: l'uragano e l'inondazione annuale... Ecco un vivido quadro dell'inondazione: "Rampante dalle rive il fiotto travolge ogni cosa, | Squassa la terra ed il cielo, madre e figlio | Nel suo sudario orribile avviluppa. | Del canneto opulento stronca il fiore, | E al tempo del rigoglio affoga le alte messi. | Acqua crescente, triste a vedersi, | L'Onnipotente diluvio spaccando | Gli argini falcia gli alberi robusti, | Folle tempesta, che stracci e confondi | Ogni cosa nella tua furia veloce"» [Jacobsen 1946, trad. it. p. 155].

In questo quadro di forze naturali che si fanno sentire prepotentemente su vaste aree, tutte le fasi colturali, dalla semina al raccolto, esigono la conoscenza del regime idraulico dei fiumi per vasti tratti. Che tale conoscenza possa costituire un fatto locale (sia familiare sia del piccolo villaggio rurale) resta del tutto escluso, dato che le dimensioni del fenomeno superano nettamente l'orizzonte locale. L'aleatorietà delle colture deve quindi essere stata maggiore in quest'ambiente che non in quello collinare, dalle rese certo piú modeste ma al tempo stesso grosso modo piú costanti rispetto a quelle ottenute nelle valli, piú alte ma assai piú soggette a violente escursioni.

Se questa è stata la situazione in Mesopotamia tra le prime esperienze colturali cerealicole e la nascita delle prime città-stato, in questo periodo si può allora ritenere che conoscenza globale e conoscenza locale, quali sono state definite anteriormente, non abbiano piú coinciso ma che, al contrario, esse abbiano cominciato a divergere e ad allontanarsi lasciando al loro interno uno spazio vuoto rilevante per gli effetti sulle condizioni generali della vita. Ed è chiaro che qualsiasi ricorso alla magia e alle forze delle divinità deve essersi rivelato a lungo andare del tutto inadeguato a garantire una stabilità e prevedibilità ai sistemi colturali. Ed è possibile e ragionevole ipotizzare che siano stati effettuati vari tentativi per garantirsi una ciclicità degli eventi, l'unica in grado di garantire un minimo di possibilità vitali viste nella proiezione futura. Difficile naturalmente, per mancanza di documenti, sapere quali siano stati questi tentativi; si può ritenere, comunque, che essi mirassero per vie diverse a recuperare quella identità di globale-locale che nei miti di buona parte dell'umanità corrisponde all'Età dell'oro descritta da Esiodo, dove la perfetta coincidenza dei due termini era una realizzazione naturale e senza tempo [cfr. Eliade 1949]. La disparità fra le vastità dei fenomeni naturali e le possibilità locali di dominarli faceva sí che qualsiasi tentativo posto in essere nel villaggio rurale fosse destinato a risolversi in un insuccesso, almeno a medio-lungo termine. Oggettivamente la soluzione del problema impostosi esigeva un salto di qualità, una dimensione del tutto nuova che deve essersi fatta luce lentamente, attraverso molte sconfitte e molte vittorie fragili. Alla fine del processo l'emergere della città sembra risolvere in buona parte il problema sottostante, questa città che pare scaturire progressivamente dalle tecniche d'irrigazione applicate a un territorio sempre piú vasto. Ma attribuire il merito al problema tecnico significa forse confondere gli effetti con le cause; le tecniche in questo periodo (ma anche successivamente) sono costituite dall'unione dei processi materiali e mentali. Quando le due fasi non procedono in maniera parallela o molto vicina si crea uno squilibrio, uno spazio vuoto che origina la precarietà del sistema precedente. Questa terra di nessuno dalla quale viene in buona parte a dipendere la vita associata, deve essere in qualche modo colmata, almeno in misura tale da rendere tollerabile la distanza fra i due termini 'globale-locale'. Questo vuoto costituisce dunque un *bisogno*, che diviene tanto piú esteso e socializzato quanto piú largamente viene percepita la inadeguatezza del locale di riportarsi alla dimensione del globale. Nel caso concreto della Mesopotamia si deve pensare, in definitiva, che non tanto le tecniche idrauliche, gestite da un potere di cui si ignora in concreto la genesi,

se posto il problema in quest'ordine, quanto invece il *bisogno* di inventare tecniche e conoscenze globali sostitutive della fase precedente abbiano portato gli uomini a tentare nuove forme sociali e politiche. L'impossibilità dei gruppi cellulari nel rispondere a questo bisogno – probabilmente dopo numerosi e prolungati tentativi – deve aver indotto gli uomini raggruppati nei villaggi rurali a conferire all'insieme di coloro che rappresentavano tradizionalmente i villaggi il compito di analizzare l'interrogativo su una dimensione spaziale e umana piú ampia. Su questa via è piú agevole pensare che uno tra questi protagonisti abbia acquistato una primazialità una volta che le condizioni generali migliorarono per quest'intervento. Quest'operazione ha dunque finito con l'attribuire la conoscenza globale delle condizioni materiali della vita a uno o piú individui; che sia stata poi fatta l'associazione conoscenza-religione non deve stupire, dato il modo in cui si intrecciano le tecniche materiali e mentali con quelle religiose in questa fase della storia umana.

Tutto ciò comportava qualche novità rilevante. Le conoscenze globali acquisite da questo centro erano difficilmente ridistribuibili localmente, indipendentemente dalla volontà o meno di farlo; il salto di qualità effettuato aveva sí fatto avvicinare il locale al globale, ma solo in un punto e non in maniera latitudinaria. Materialmente risultava difficile trasmettere questa conoscenza nuova al singolo gruppo-famiglia, né sarebbe risultata necessaria ed efficace sul piano concreto. L'utilità del nuovo sistema si dimostrava nel trasmettere invece quelle informazioni e ordini che a livello locale servivano perché il tutto funzionasse correttamente. Ma ciò ha condotto a due conseguenze di rilievo. Anzitutto che la conoscenza di natura locale ha acquisito progressivamente i termini di una conoscenza puramente «tecnica», materiale dell'insieme di operazioni da fare perché la totalità funzionasse, con un disancoramento quindi delle colture e delle operazioni connesse dal loro significato globale che avevano avuto precedentemente. Il formarsi delle tradizioni, delle tecniche associate solo a fatti esteriori e non ai generali processi della natura e dell'appropriazione che di essa ne ha fatto l'uomo, sta a significare questa sorta di depauperamento «scientifico» che ha accompagnato la vita dei contadini di buona parte dei luoghi «civilizzati», che difficilmente leggevano, ad esempio, le opere di Columella.

In secondo luogo è venuto maturandosi progressivamente un nuovo bisogno. L'appropriazione del globale da parte di un centro e il depauperamento del locale ha risolto certamente l'aspetto materiale del problema originario che si situava nel bisogno cioè di far coincidere tendenzialmente globale-locale nella cellula sociale, problema che era dunque assai piú ampio. La città-stato, il luogo in cui questo bisogno si era in parte istituzionalizzato con le forme del potere, lasciava insoddisfatto questo lato, di importanza pari all'elemento materiale risolto con la nascita delle città. In questa sfera l'unica forma di recupero della globalità da parte del locale sembra sia stata la dimensione religiosa, ma è anche da dire che questa religione era strettamente connessa e istituzionalizzata alla funzionalità del centro; non era in grado pertanto di restituire quella forma di autosufficienza globale da ascrivere ormai nella città solo a un'età mitica. Inoltre con la religione viene operato uno scarto di dimensione: i problemi

di questa vita non vengono risolti «ora», ma posti come semplici aspettative che troveranno nell'«altra» vita la loro composizione definitiva.

Quanto detto non prefigura dunque una linea di sviluppo, ma piuttosto un *meccanismo*, che procede in un senso o nell'altro a seconda del modo in cui si combinano gli elementi che ne fanno parte. In questa cornice non si deve ritenere che la città e il processo di istituzionalizzazione delle relazioni umane che ne è scaturito sia stata l'unica soluzione possibile in quelle circostanze; per quanto non lo si possa dimostrare, è preferibile pensare che questa sia stata una via scelta, quella forse di minor complessità, dagli uomini della Mesopotamia per soddisfare il bisogno scaturito dalle loro condizioni generali di vita. È, pertanto, sui bisogni che occorre puntare maggiormente l'attenzione per non incorrere nell'abitudine di spiegare il prima col poi, in un percorso a ritroso che finisce con il diventare una via obbligata. Là dove, dunque, un analogo bisogno sul tipo di quello delineato non è sorto, o non è sorto con simile intensità (come nell'Africa subsahariana), il problema della città e del significato che le è stato attribuito al fine di capire il processo della natura e nascita delle istituzioni come fenomeno dominante una certa area di civiltà non si pone e può essere vacuo chiedersi se le «altre» istituzioni che là si presentano siano o no assimilabili a quelle cittadine-statali. In molte aree dell'Africa subsahariana e del Nordamerica come nel vasto mondo insulare che gravita sull'Oceano Pacifico gli elementi chiave di questo meccanismo sembra si siano combinati in tutt'altra maniera sí da non far scaturire il *bisogno* di un potere centrato di tipo cittadino. Piú che questioni di avanzamento nella scala della civiltà si tratta invece di scelte che si compongono in un modo o nell'altro alla presenza di vari fattori e dei bisogni che si producono dalle loro possibili combinazioni. Chiedersi perché queste popolazioni non abbiano «inventato» la città e tutto quanto da essa ne può conseguire, senza prima passare per l'analisi ecologica globale di un ambiente (umano e geografico), costituisce, pertanto, un *non sense*, e significa, per di piú, consentire che non solo si insinui l'evoluzionismo nella prospettiva storica ma anche – e piú gravemente – un giudizio sulla «qualità» dei popoli e delle etnie, su una superiorità degli uni rispetto agli altri che finisce col ricadere, prima o poi, immancabilmente nel razzismo. La scelta della città è infatti gravida di conseguenze in questo settore; l'aver concentrato forza ed energie materiali e mentali, l'aver fatto di tutto ciò progressivamente delle istituzioni stabili e durevoli ha conferito spesso – ma non sempre – alle città una capacità di conquista superiore rispetto a un'umanità che aveva compiuto scelte ben diverse. Ma v'è accordo che la conquista sia una discriminante nell'ambito dei popoli civili e non? La gamma delle possibilità storiche è pertanto assai ampia e corre dal villaggio rurale alla città-stato, considerati come due tipi tra cui oscillano le singole esperienze storiche. La città è comunque un confine, ma non una linea di demarcazione tra un prima e un dopo che segua la stessa linea evolutiva. Solo a partire dalla città si assiste, infatti, a una serie di fenomeni che non si riscontrano nel villaggio rurale e nella società che vi si conforma. Acquisizione di dati e loro ridistribuzione divengono, *oggettivamente*, delle attività stabili, durevoli, delle istituzioni appunto. Anche le persone che vengono collocate all'interno di tali istituzioni tendono a inqua-

drarsi istituzionalmente ed è in tal modo che si creano potenzialmente i funzionari. Il fatto storico con cui l'istituzione permanente centrale viene a costituirsi rimane campo di congetture; il mito rimane spesso l'unica forma attraverso cui si conosce questa innovazione ed essa, in una società ancorata ancora alla famiglia, si identifica con una di esse e con i suoi discendenti. Non sempre questa forma giunge ad avere un aspetto istituzionale chiaro ed evidente; le regole di trasmissione del «centro» sono spesso precarie nel mondo antico come sono frequenti le manomissioni e i falsi genealogici [cfr. Fales 1976, pp. 184 sgg.]. Questo non deve stupire; tra il bisogno di un centro e le modalità attraverso cui tale centro fa poi sentire la sua presenza non esiste una perfetta aderenza e le tensioni che si scaricano sulle istituzioni, che questo bisogno ha creato, ne sono assai probabilmente la manifestazione.

Questo centro, infatti, ha assunto ben presto i caratteri del simbolico piú che della funzionalità diretta. Nell'epigrafia del mondo antico ogni re enumera sempre i *suoi* meriti, ma questa personalità dei meriti è spesso piú simbolica che reale. Un'altra peculiarità del processo esposto sta infatti nella incapacità del «centro» di soddisfare il bisogno per cui è sorto: un re o un eroe non può essere in grado di contenere tutta la conoscenza globale, né di acquisirla né di ridistribuirla nelle sue parti. Nel momento in cui, quindi, nasce il bisogno e chi lo copre, immediatamente questa globalità deve essere scomposta in settori, in sfere che lasciano al centro solo una funzione di collegamento simbolica tra le varie parti. Le istituzioni costituiscono la decomposizione operata dall'alto, dal centro, del bisogno di globalità insoddisfatto localmente, la decodificazione della totalità nelle sue componenti.

Non deve stupire, dunque, la variabilità storica con cui si presentano le istituzioni, per loro numero e funzioni. I sistemi di decodificazione della totalità costituiscono infatti altrettante modalità che scaturiscono dall'insieme delle condizioni in cui versa una società e, pertanto, in una certa misura procedono con i ritmi della società stessa. Il loro ampliarsi o restringersi sta a testimoniare una progressiva specificazione dei bisogni o, all'inverso, un loro ridursi tendenziale al nucleo fondamentale e originario di sicurezza e continuità nel tempo di tale sicurezza che, nel caso esaminato, scaturiva dalla divaricazione tra locale e globale. Nel disegno qui proposto si è visto che le istituzioni cittadine – che sono alla base delle *nostre* istituzioni moderne nel loro processo di formazione – si pongono come il risultato di una combinazione di piú elementi: le forme del sapere, la loro natura, i metodi con i quali tali saperi vengono trasmessi, la loro diffusione e l'importanza del fatto che siano globali e diffusi o, invece, globali e non diffusi ma centrati; le condizioni ambientali e la loro incidenza e, infine, i bisogni che da quest'insieme sorgono e le soluzioni date a questi ultimi secondo le possibilità intraviste in loco dal gruppo di uomini considerato. Se il fenomeno istituzioni ha trovato in tal modo una spiegazione, occorre subito dire che il diagramma del meccanismo suesposto non va inteso in senso restrittivo. Nel quadro offerto questi elementi ci sembrano aver giocato il ruolo principale, ma probabilmente una analisi piú raffinata, piú «interna» metterebbe in luce l'influenza anche di altri fattori. L'esistenza di un dimorfismo sociale sia nella Mesopotamia sia in Egitto può aver accelerato il fenomeno della formazione delle città. Le lotte tra popolazioni sedentarie-agricole delle due aree con i pastori nomadi e seminomadi è una costante, come costante è la forma di disprezzo dei cittadini verso i sistemi sociali nomadi, fossero essi localizzati nel delta egiziano o nei vasti spazi circostanti i due fiumi mesopotamici. Tuttavia nell'analisi di un fenomeno si deve distinguere anche – forse non senza una dose di arbitrio – quel che si rivela o si mostra come fondamentale e ciò che, per quanto importante, non altera nella sua globalità il quadro ma incide solo in alcune sue parti. Non sono certo pochi i casi di rivalità e di ostilità tra pastori-nomadi e agricoltori-sedentari, tuttavia non pare che di per se stessi siano esplicativi di meccanismi globali quali la nascita delle città, anche se certamente in non pochi casi il «timore» delle scorrerie può aver dato luogo a sistemi di rafforzamento collettivo della sicurezza con la costruzione di opere difensive fisse. Per quanto attiene al problema della nascita e natura delle istituzioni, gli elementi suddetti sembrano invece essere le componenti sulle quali si è innescato da un lato il fenomeno città-istituzioni e dall'altro della non-città.

4. *Il problema delle istituzioni oggi.*

La città rappresenta dunque il luogo e il fenomeno nel quale le istituzioni assumono potenzialmente quella fisionomia alla quale siamo oggi abituati e che ci sembra «naturale», connaturata profondamente al fatto che l'uomo è un essere sociale. In realtà, il processo della loro formazione mostra come esse siano delle appropriazioni di funzioni da parte di un centro scaturito da un bisogno, che si fondava a sua volta sulla distanza creatasi tra le forme del sapere locale e globale in certe società umane. Di qui una serie di conseguenze di notevole importanza, in primo luogo la valutazione delle istituzioni che scaturiscono nel processo una volta innescato. Su quali basi va fatta questa valutazione? Sulla aderenza tra le istituzioni e il bisogno globale originariamente espresso? Ma come può essere possibile ciò? Per procedere a un simile giudizio occorrerebbe riuscire a collocarsi al «centro», osservare l'armonia esistente o meno tra le istituzioni e il bisogno originario che a sua volta deve essere reinterpretato; perché ciò avvenga occorrerebbe giungere al punto per cui l'individuo (o la famiglia: ciò dipende dal tipo di società) sia in grado di recuperare la conoscenza globale, il che, dalla formazione della città e dello Stato pare essere stato sempre al di fuori della portata comune. Assai piú frequentemente questo giudizio ha per oggetto istituzioni settoriali, quelle che investono piú direttamente la vita dal lato esistenziale, in maniera piú diffusa, come quelle economiche. Questo scarto si risolve frequentemente in un vantaggio del centro e delle sue diramazioni istituzionali nei confronti di chi si trova soggetto a queste forme di potere e non è quasi mai in grado di recuperare il globale.

E con ciò si passa a un'altra considerazione. Una volta esaudito il bisogno di un centro e della globalità, è proprio ineluttabile che il processo non possa essere compiuto in senso inverso, con una restituzione della totalità delle cono-

scenze in basso? In effetti non pare esista una divisione cosí netta fra locale e globale; se si rimane nel puro ambito delle conoscenze, di qualsiasi forma siano e in qualsiasi modo si presentino, questa acquisizione si rivela possibile. Ma ciò dipende dall'impostazione data al problema. Per quanto s'è finora detto, la conoscenza in oggetto non va confusa con il semplice e puro sviluppo delle idee e delle rappresentazioni che assumono nelle forme piú avanzate la dimensione teoretica. Con la costituzione di un centro, fondato su un bisogno generale ed effettivo, si verifica uno sdoppiamento dei sistemi conoscitivi. Da un lato, in aderenza al bisogno iniziale, si va creando una serie di istituzioni che promanano dal centro con funzioni di tipo conoscitivo specifico, come la tecnica idraulica. Dall'altro alcuni settori di tali istituzioni – mantenute con il prelievo esercitato sui prodotti del lavoro nato come compensazione, probabilmente, per le attività svolte a beneficio generale – hanno tempo e modo per accumulare conoscenze successive per i problemi che scaturiscono dal funzionamento dell'istituzione stessa e dai compiti ad essa attribuiti. L'istituzione cioè si autoalimenta, rende sempre piú specifica ed esclusiva la sua funzione e le conoscenze connesse. Conoscenza e funzione non vanno pertanto disgiunte; la conoscenza giuridica non è limitata quindi, ad esempio, alle formule ma è soprattutto conoscenza giurisprudenziale, della totalità cioè del meccanismo collegato alla applicazione del diritto. Tra chi conosce le sole regole di qualsiasi settore istituzionale e chi conosce il meccanismo esiste pertanto un abisso, ben difficilmente colmabile. Queste forme di sapere sono speculari a quelle originarie nel villaggio rurale, in cui miti, leggende e sapere tecnico-agrario costituivano un tutt'uno, ma sono speculari comunque *solo* per il settore che le riguardano, per ogni singola istituzione.

La separazione ha tuttavia delle compensazioni, e sull'ambiguità con cui si presentano tali compensazioni si fonda il consenso alle istituzioni. La giustificazione dell'esistenza del centro e delle sue istituzioni si basa infatti sul riconoscimento della loro funzione rispetto al bisogno che li ha posti in essere. Al pari del Faraone che si rende garante delle piene regolari del Nilo rispetto agli Egiziani, ogni potere centrale deve dimostrare in qualche modo di adempiere alla funzione totale. Attraverso il suo centro simbolico e tramite le istituzioni va dunque restituita in basso l'immagine della totalità e, poiché non è possibile – al di là del volere o meno – trasferire la somma o l'insieme dei saperi istituzionali inerenti alle funzioni, viene trasmessa in basso, oltre alle disposizioni specifiche, una quota del sapere teorico accumulato dalle istituzioni, secondo le forme storiche con cui esso si presenta. Esso può quindi essere un sapere magico, mitico, epico o eroico, religioso, sapienziale, scientifico, ecc. Questo è l'unico tipo di sapere per cosí dire «libero», trasmissibile, non legato a specifiche funzioni, è un sapere che riesce a costruirsi progressivamente su se stesso e a rendersi in buona parte autonomo dalle sue modalità originarie. Tuttavia esso presenta un difetto d'origine che ne mina la piena efficacia: nato da istituzioni piú o meno specifiche, tale sapere copre uno spettro limitato ai fondamenti, statuti ed evoluzioni di quella istituzione.

Sono dunque questi saperi istituzionali, o che promanano da istituzioni, ad essere oggetto di scambio tra il potere come centro e il consenso tributatogli.

Le possibilità uniche di valutazione della relazione bisogno originario – potere-centro da parte della gente estranea alle istituzioni rimane affidata a questo insieme di saperi settoriali e teorici. Tutto dipende allora da due condizioni e cioè dalle modalità attraverso le quali questi saperi vengono trasferiti e dalla quota di trasferimento effettuata. Occorre dunque domandarsi se per quanto riguarda la prima condizione ciò avvenga in modo istituzionale o se tale trasferimento rimanga confinato alla relazione di tipo personale secondo la forma maestro-apprendista; e ancora se la istituzionalizzazione riguardi un ristretto numero di individui o sia invece generalizzata. Quanto alla quota, anch'essa si rivela di notevole importanza dato che indica la ripartizione del sapere elaborato tra centro globale ed elemento locale: maggiore è la distanza tra le due quote, minore sarà la possibilità offerta al «locale» di penetrare nella totalità e di valutarla.

Esistono dunque due forme di alienazione connesse con lo scaturire del bisogno del potere centrato: la prima, senz'altro la piú rilevante, pare insormontabile e destinata ad aumentare. Tra il suddito del Faraone e il cittadino di oggi esiste indubbiamente un abisso quanto a conoscenze; tuttavia, se rispondere a tale interrogativo è indubbiamente agevole e non presenta quasi nessun dubbio, piú complesso è giudicare quale dei due sia maggiormente estraniato dalla totalità quanto al sapere collegato con le istituzioni. La dilatazione di queste ultime, soprattutto dopo la rivoluzione industriale, e la loro sempre maggiore specificazione sembrano progressivamente sottrarre capacità al membro della società di percepire tale forma di sapere al di là di un ristretto settore. Specializzazione e accentuata divisione del lavoro rischiano di ridurre in maniera continua questo sapere e di allargare cosí il fossato che separa il paese delle istituzioni (il paese legale) dal paese formato dai *cives* (il paese della società civile).

Una tale estraniazione costituzionale dei *cives* può forse essere recuperata *solo* nel sapere teorico, quello non strettamente collegato con il funzionamento delle istituzioni; queste acquisizioni dipendono dalla capacità che hanno storicamente i membri di un corpo politico-sociale di farsi trasmettere istituzionalmente la piú ampia quota possibile di sapere teorico per catturare la totalità su una dimensione nuova, per poterla valutare quale si presenta nella sua natura e per poterla anche mutare, trasformare radicalmente ove il bisogno originario reinterpretato e l'assetto istituzionale nei loro fini non coincidano piú.

Tuttavia è bene fare una precisazione prima di concludere, affinché non si pensi che il tutto si risolva nella pura sfera delle idee. Marx ed Engels affermavano nell'*Ideologia tedesca* che se si astrae dai rapporti del modo di produzione si giunge «al risultato che nella storia dominano sempre le idee» per cui è «facilissimo astrarre da queste varie idee "*l'idea*", *die Idee*, ecc., come ciò che domina nella storia e concepire cosí tutte queste singole idee e concetti come "autodeterminazioni" *del* concetto che si sviluppa nella storia» [1845-46, trad. it. p. 38]. Conseguente l'accusa a Hegel di aver considerato solo il processo del concetto e di avere esposto nella storia la vera *teodicea*. Per quanto ci riguarda, una tale impostazione va condivisa, a patto tuttavia di considerare che processi produttivi e loro conoscenze vanno considerati simbioticamente, tra loro e con l'ambiente e con i bisogni che da queste combinazioni emergono. Non ci pare

che sia possibile stabilire in quest'ambito una primazialità a una o l'altra delle componenti. Nell'esempio chiave della città ci pare che certi meccanismi si siano innestati in alcune zone e non in altre a seconda delle combinazioni che si creavano tra questi elementi, prescindendo quindi del tutto e definitivamente da idee che rivendicano a un solo fattore l'essere il *primum movens* da cui tutto poi dipende. Ci sembra che, se non si prescinde da questa impostazione, si sia destinati a ricadere su forme, aperte o mascherate, di superiorità degli uni rispetto agli altri, di civiltà e di primitivi, ecc., e di discriminazioni conseguenti.

Un'ulteriore considerazione può essere ricavata da quanto fin qui detto. Se ciò manifesta qualche validità, se il potere centralizzato e globale costituisce in certe condizioni generali un *bisogno originario*, voler distinguere allora le condizioni della produzione solo nelle parti che entrano materialmente nel processo produttivo costituisce una deviazione pericolosa, perché omette proprio quel termine che le rende possibili. In quanto tale, perciò, l'economia (come il diritto, la religione e il potere centrato stesso) non si giustifica se non «da un certo momento in poi», e non come spiegazione generale dei processi produttivi. Il modello marxiano è comunque estremamente importante, proprio come metodo da seguire per il recupero del sapere teorico totale, unico fin qui e ancor oggi difficilmente superabile, che restituisca al *cives* un rapporto piú adeguato col globale, che ripristini su questa dimensione almeno la correlazione locale-globale che la nascita delle istituzioni ha stravolto.

Forse, a questo punto, l'avventura greca risulta piú comprensibile; essa risulta un *unicum* o quasi nella storia. Tra il VII e il V secolo sembra si siano equilibrate varie esigenze contrastanti in una formula che ha lasciato per millenni il segno. Le conoscenze produttive, la ripartizione della proprietà, il sapere globale e la sua trasmissione e distribuzione sembra si siano equamente divise tra i cittadini di Atene dando vita a quella esplosione di vitalità che ancor oggi desta meraviglia. Il tutto era favorito da situazioni ambientali che garantivano questa forma di equilibrio, eccezionale a tal punto da far pensare ad Aristotele che la condizione cittadina fosse «naturale», l'ultima e la piú perfetta. L'erosione avvenne su due fronti, assai probabilmente: da un lato il commercio e dall'altra la trasmissione del sapere che dal V secolo si istituzionalizzò e si diffuse in maniera ineguale. Entrambi questi fattori fecero con ogni probabilità decadere rapidamente una costruzione che solo in un contesto isolato avrebbe forse potuto sopravvivere in quella forma. In quella fase pare, insomma, che tra Prometeo (il locale) che aveva rubato il fuoco e Zeus (il globale) si sia stabilita un'armonia talmente rara nella storia da costituire ancor oggi un esempio. [G. P.].

Benveniste, E.
1969 *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1976).

Bianchini, M.
1977 *La problematica relativa alla conoscibilità degli ordinamenti giuridici ellenistici*, in R. Bianchi Bandinelli (a cura di), *Storia e civiltà dei Greci*, IV. *La società ellenistica. Economia, diritto, religione*, Bompiani, Milano.

Castellino, G. R.
1977 (a cura di) *Testi sumerici e accadici*, Utet, Torino.

Childe, V. G.
1942 *What Happened in History*, Penguin Books, Harmondsworth (trad. it. Einaudi, Torino 1975[5]).

Colli, G.
1977 *La sapienza greca*, vol. I, Adelphi, Milano.

Diels, H., e Kranz, W.
1951 (a cura di) *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Weidemann, Berlin 1951[6] (trad. it. Laterza, Bari 1969).

Dumézil, G.
1966 *La religion romaine archaïque*, Payot, Paris (trad. it. Rizzoli, Milano 1977).

Eliade, M.
1949 *Le mythe de l'éternel retour; archétypes et répétition*, Gallimard, Paris (trad. it. Rusconi, Milano 1975).

Evans-Pritchard, E. E.
1937 *Witchcraft, Oracles and Magic among the Azande*, Clarendon Press, Oxford (trad. it. Angeli, Milano 1976).

Fales, M.
1976 *La struttura sociale*, in *L'alba della civiltà. Società, economia e pensiero nel vicino Oriente antico*, I. *La società*, Utet, Torino.

Fallers, L. A.
1956 *Bantu Bureaucracy. A Century of Political Evolution among the Basoga of Uganda*, University of Chicago Press, Chicago-London.

Godelier, M.
1975 Introduzione alla trad. franc. di K. Polanyi e altri (a cura di), *Trade and Market in the Early Empires*, Larousse, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1978).
1978 «Economia», in *Enciclopedia*, vol. V, Einaudi, Torino, pp. 197-223.

Goody, J. R.
1963 *Feudalism in Africa?*, in «Journal of African History», IX, pp. 1-18.
1972 *The Myth of the Bagre*, Clarendon Press, Oxford.

Griaule, M.
1966 *Dieu d'eau*, Fayard, Paris (trad. it. Garzanti, Milano 1972).

Hoebel, E. A.
1954 *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge Mass. (trad. it. Il Mulino, Bologna 1973).

Hubert, H., e Mauss, M.
1909 *L'origine des pouvoirs magiques dans les sociétés australiennes*, in *Mélanges d'histoire des religions*, Alcan, Paris (trad. it. in E. Durkheim, H. Hubert e M. Mauss, *Le origini dei poteri magici*, Boringhieri, Torino 1972[2]).

Jacobsen, Th.
1946 *The Mesopotamia*, in H. Frankfort e altri, *The Intellectual Adventure of Ancient Man. An Essay on Speculative Thought in the Ancient Near East*, University of Chicago Press, Chicago (trad. it. Einaudi, Torino 1963).

Kuhn, Th. S.
1962 *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago (trad. it. Einaudi, Torino 1976[3]).

Lévi-Strauss, C.
1947 *Les structures élémentaires de la parenté*, Presses Universitaires de France, Paris (trad. it. Feltrinelli, Milano 1969).
1962 *La Pensée Sauvage*, Plon, Paris (trad. it. Il Saggiatore, Milano 1964).

Malinowski, B.
1926 *Crime and Custom in Savage Society*, Kegan Paul, Trench and Trubner, London (trad. it. Newton Compton, Roma 1972).

Maquet, J.
1961a *Une hypothèse pour l'étude des féodalités africaines*, in «Cahiers d'études africaines», II, pp. 292-314.
1961b *The Premise of Inequality in Ruanda*, International African Institute, Oxford.

Marx, K.
[1857-58] *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf)*, Dietz, Berlin 1953 (trad. it. Einaudi, Torino 1976).

Marx, K., e Engels, F.
[1845-46] *Die deutsche Ideologie*, in *Historisch-Kritische Gesamtausgabe*, Marx-Engels-Lenin Institut, Frankfurt am Main - Berlin - Moskau 1932 (trad. it. Editori Riuniti, Roma 1967²).

Matthiae, P.
1976 *L'uomo e l'ambiente*, in *L'alba della civiltà. Società, economia e pensiero nel vicino Oriente antico*, I. *La società*, Utet, Torino.

Monod, J.
1970 *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Seuil, Paris (trad. it. Mondadori, Milano 1976).

Mumford, L.
1961 *The City in History. Its Origins, its Transformations and its Prospects*, Harcourt Brace and World, New York (trad. it. Bompiani, Milano 1977).

Polanyi, K.
1957 *The Economy as Instituted Process*, in K. Polanyi e altri (a cura di), *Trade and Market in the Early Empires*, Free Press, Glencoe Ill. (trad. it. Einaudi, Torino 1978).
1966 *Dahomey and the Slave Trade. An Analysis of an Archaic Economy*, University of Washington Press, Seattle.

Popper, K.
1959 *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London (trad. it. Einaudi, Torino 1970).

Sahlins, M. D.
1976 *The Use and Abuse of Biology. An Anthropological Critique of Sociobiology*, University of Michigan Press, Ann Arbor Mich.

Siskind, J.
1978 *Kinship and mode of production*, in «American Anthropologist», LXXX, 4, pp. 860-71.

Veblen, Th.
1899 *The Theory of the Leisure Class*, Macmillan, London (trad. it. Einaudi, Torino 1949; nuova ed. 1971).

Vernant, J.-P.
1965 *Mythe et pensée chez les Grecs. Etudes de psychologie historique*, Maspero, Paris (trad. it. Einaudi, Torino 1970).

Wilson, T. O.
1975 *Sociobiology: The New Synthesis*, Harvard University Press, Cambridge Mass.

Woolley, L.
1955 *Excavations in Ur*, Benn, London (trad. it. Einaudi, Torino 1974⁴).

Due sono i modi per affrontare il problema che pongono le istituzioni: o darne una rappresentazione, descriverle cioè e illustrare i passaggi dalle une alle altre, o cercare di intenderne le origini per poterne capire il valore (cfr. **valori**) e la portata. Ma allo stesso tempo ripercorrerne il cammino significa anche operare una distinzione: vi sono istituzioni che appartengono al passato (cfr. **passato/presente, antico/moderno**) o ad altre **società** (cfr. **primitivo, selvaggio/barbaro/civilizzato, parentela, tradizioni**) o a certi strati della società attuale (cfr. **consuetudine, credenze, popolare**) e istituzioni

proprie del nostro tempo (cfr. **stato, partiti, economia, diritto, religione**). Di tali istituzioni vengono considerate in un'idea di **evoluzione**, mentre vanno ad esse connesse discriminazioni (cfr. **discriminazione, etnocentrismi, razza**) anche ma sempre presenti, se invece si postula una diversità totale si nega implicitamente la possibilità di una **storia** dell'**uomo**. Occorre dunque cogliere il momento in cui si sono formate le istituzioni moderne per intendere il meccanismo che sta alla base delle diversità. Questo momento si situa nel la nascita e sviluppo della **città** (cfr. **città/campagna**), che coagula per la sua formazione elementi diversi quali il **clima**, l'**agricoltura**, la **pastorizia**, la **caccia/raccolta**, la **tecnica**, il sistema delle conoscenze (cfr. **conoscenza**), dell'**apprendimento** e della trasmissione alla società dell'informazione (cfr. **insegnamento, centrato/accentrato, locale/globale**), l'**idea** di **natura** esistente (cfr. **natura/cultura**), la **rappresentazione** e l'**immagine** che ogni **gruppo** si crea, di sé e delle proprie **origini** (cfr. **mito/rito, mythos/logos**), le difficoltà che l'**ambiente** pone (cfr. **domesticamento**). È dai modi con cui si presentano questi dati, dalle scelte e dalla combinazione che ne esce che le istituzioni strutturano una società in un modo o nell'altro. Ma tale combinazione scaturisce dai bisogni (cfr. **bisogno**) che si creano, e le istituzioni, che tali bisogni soddisfano, sono a loro volta un processo che va sempre posto in riferimento, per intenderne il valore, ai bisogni rinnovati e reinterpretati che hanno dato vita al nostro sistema attuale e alla **società civile**.

Responsabilità

Mentre il termine 'responsabile' compare nel secolo XIII nel diritto dottrinario ed è usato di frequente nel diritto antico [Villey 1977], il termine 'responsabilità' nasce solo alla fine del secolo XVIII e acquista diritto di cittadinanza nella lingua giuridica solo con la Rivoluzione francese [Henriot 1977]. Perché la nozione di responsabilità si formuli in modo netto, occorre che quella di libero arbitrio perda il carattere sacro. Nel diritto antico essa era strettamente legata ai concetti teologici di peccato, di colpa morale, di coscienza, a concetti ereditati dal diritto canonico e dal diritto romano (come quello di colpa intenzionale, dolo) [Laingui 1970]. Non è ancora fondata sull'idea di volontà libera individuale, propria di un soggetto: sarà il diritto naturale moderno a compiere le trasformazioni necessarie (soprattutto verso il concetto di imputazione, di origine teologica [Giuliani 1977, p. 96]) affinché l'idea di responsabilità individuale, legata a un soggetto libero, diventi autonoma e sia finalmente adottata dal diritto classico sorto con l'illuminismo.

Tuttavia si può ritenere che l'idea esista in qualsiasi forma di diritto, non nell'accezione moderna (in cui è strettamente connessa all'idea di colpevolezza individuale), ma in modo implicito nel significato generale del verbo *respondere* 'farsi garante di una promessa o di un debito': è questo significato che permette, nel corso di un procedimento giudiziario, di imputare a qualcuno (individuo o gruppo) un atto delittuoso. Pertanto, nel diritto romano – o nei vari tipi di diritto primitivo –, il concetto di responsabilità (e in particolare di responsabilità penale), pur non essendo chiaro né distinto, è comunque presente.

La dottrina del diritto classico pone a fondamento della responsabilità il libero arbitrio; e questa dottrina ottenne tali consensi che la si ritrova ancora oggi alla base di quasi tutte le sentenze giuridiche. Tuttavia le difficoltà inerenti alla delucidazione di tale nozione – e che continuano ad aumentare – hanno indotto la filosofia penale, già da molto tempo, a cercare di disfarsene. Si tratta tanto di difficoltà d'ordine metafisico inseparabili dall'idea stessa di libero arbitrio, quanto di difficoltà poste dai casi particolari, quando la giustizia deve determinare il grado di colpevolezza di un soggetto. Certamente gli sforzi attuali che mirano a dare un altro contenuto e un altro fondamento all'idea di responsabilità penale sono connessi allo sconvolgimento che si sta verificando in profondità nei valori che regolano la nostra società; e, in particolare, ai cambiamenti nei rapporti tra gli individui e la società nel suo insieme. Cosí, certe proposte recenti, formulate da penalisti europei sotto l'influsso della criminologia e delle scienze umane, sono forse l'indizio di un ordine nuovo che si prepara.

Perché si cerca di determinare la responsabilità dell'autore di un delitto? Rendere responsabile equivale a «mettere sul conto di», e se si vuole mettere sul conto di qualcuno un atto delittuoso è per fargli subire un castigo. Ricercare la responsabilità consente di applicare la pena.

Nella dottrina classica del diritto si distinguono due aspetti della responsabilità penale: l'imputabilità e la colpevolezza. La prima collega l'atto all'autore, la seconda definisce il contenuto dell'atto, considerato dal punto di vista giuridico. E come la colpevolezza da sola non può determinare la responsabilità (per esempio, nei casi di costrizione), cosí l'imputabilità da sola non basta a creare la responsabilità del soggetto (come in certi casi di errore giudiziario): occorre che l'una si articoli con l'altra. L'imputabilità, in quanto include tutte le condizioni che permettono di applicare la sanzione all'autore (mentre la colpevolezza fissa l'entità di tale sanzione), va dunque collegata direttamente alla nozione di responsabilità penale. Nella determinazione della responsabilità tutto verte sul problema di sapere in quale misura un atto è imputabile a un soggetto (si tratta qui del diritto classico). Ora, al di là dei concetti tecnici usati dalla giurisprudenza, si presentano degli interrogativi che i penalisti sono costretti a porsi ogni volta che i «determinismi» (di ordine sociale, biologico, psicologico) offuscano l'idea chiara del libero arbitrio: come valutare, in tali condizioni, il legame che unisce l'azione e chi la compie? Come conciliare la nozione di «determinismo» con quella di responsabilità assoluta del soggetto? Di qui i calcoli delle «circostanze attenuanti» o «aggravanti» e il sorgere di tutta una serie di nozioni destinate a risolvere nella pratica questo problema teorico.

Tuttavia, la giurisprudenza ha sempre seguito una via di mezzo tra queste due concezioni (della libera volontà e del determinismo) che riassumevano le difficoltà di ordine dottrinario. Perciò, a questo livello della giurisprudenza, la responsabilità dipendeva piú dal senso comune che dalle concezioni filosofiche; piú dalla mentalità relativa alle opinioni correnti sulla reale libertà dell'individuo sociale, che dal rigore della dottrina. Come dice un giurista: «Non si potrebbe sintetizzare meglio la concezione classica [del giudizio pratico sulla responsabilità] che citando un filosofo italiano del secolo XVIII, Giambattista Vico: "L'umano arbitrio, di sua natura incertissimo, egli si accerta e determina col senso commune". Il libero arbitrio – dice Vico – è ignoto nella sua essenza e natura; solo il senso comune degli uomini lo rende certo. Il senso comune rappresenta quindi l'unica misura su cui si possa cominciare un discorso umano riguardo alla responsabilità umana» [Giuliani 1977, p. 96].

È ciò che si vuole abbozzare rapidamente qui, cercando di mostrare come il senso comune sembri effettivamente svolgere la funzione di un a priori nei giudizi di responsabilità, mediante certe nozioni che esso presuppone.

1. *I tempi della responsabilità.*

Si potrebbe tentare di mostrare che non esiste alcuna differenza tra i principî della dottrina e quelli della giurisprudenza. A tale riguardo Daskalakis [1975] propone una nuova interpretazione del concetto di responsabilità penale secondo cui essa non implica il libero arbitrio, bensí un confronto con il comportamento medio normale dell'individuo.

Un atto delittuoso non è imputabile perché è stato riconosciuto come deri-

vante da una libera volontà, ma, al contrario, perché il soggetto avrebbe dovuto frenare la propria volontà e non lo ha fatto; non perché l'ha liberamente voluto, ma perché avrebbe dovuto astenersi dal volerlo. Analizzando i casi in cui il diritto abitualmente svincola la responsabilità di chi agisce, egli osserva, ad esempio, che al pazzo non sono imputabili le sue azioni perché è privo di libero arbitrio, ma perché, «a causa della sua malattia, non partecipa alle relazioni sociali» [*ibid.*, p. 39]. Il famoso articolo 64 del codice penale francese secondo cui «non vi è crimine né reato se l'imputato si trovava in stato di demenza o di costrizione al momento dell'azione» non si potrebbe intendere in senso positivo, facendo derivare la non-responsabilità da fattori esterni che agirebbero sulla volontà libera, bensí in senso negativo e assiologico (e non psicologico) in quanto tali fattori tolgono all'azione le condizioni per essere imputata a un soggetto: cosí la follia, respingendo il soggetto fuori dalla società, è causa di non-responsabilità solo perché il soggetto non agisce in maniera sociale sulla società; e la costrizione ha come presupposto che l'autore abbia fatto ciò che qualsiasi uomo normale avrebbe fatto al posto suo. In ogni caso, al centro della responsabilità penale vi è il concetto di un comportamento comune negativo: trattenersi dal volere.

Questa concezione è interessante perché fa intervenire il senso comune e la valutazione che esso dà delle possibilità dell'uomo normale, come termine di misura per la responsabilità del delinquente: l'uomo medio *può* evitare l'infrazione, quindi l'imputato *avrebbe dovuto* evitarla: questo è il fulcro del pensiero dell'autore. Ciò che l'uno può, l'altro «avrebbe dovuto»: la differenza tra quello che può fare l'uomo normale e quello che non ha fatto chi ha compiuto l'azione in oggetto fornisce il grado di responsabilità. Ma quello che l'uomo normale può fare normalmente, è ciò che deve fare quando si trova in una situazione che rischia di condurlo a un'infrazione: egli deve astenersi dal manifestare la propria volontà commettendola. La non-responsabilità non si traduce in un atto: il legame, il rapporto tra l'individuo e la società in questo caso non concerne il diritto, che li presuppone come modello del comportamento reale. Poiché il diritto non prescrive direttamente dei comportamenti, il modello del comportamento «normale» si forma al punto limite in cui l'atto delittuoso svanisce, e appare solo nel momento in cui quell'atto stesso viene cancellato. Che cosa è allora la responsabilità? È l'incombenza che tocca al soggetto e che egli si assume affinché la differenza tra l'atto e il suo modello scompaia: e questo verrà stabilito nella sanzione.

Lo scarto tra le possibilità dell'uomo normale e l'«avrebbe dovuto» dell'individuo riconosciuto colpevole di un delitto è compreso tra due temporalità diverse. La misura della normalità non indica il presente reale del comportamento comune, perché la normalità qui non appare come una norma, o meglio, non come il comportamento comune elevato alla dignità di norma: se non prescrive direttamente un comportamento, rappresenta però il modello sulla cui base si valuta il comportamento delittuoso. Le possibilità dell'uomo normale sono prese in considerazione in quanto realizzabili in teoria da quell'individuo; paradossalmente, in condizioni normali, tali possibilità non si realizzano, perché la vita sociale è fatta di situazioni tradizionali; la legge non costringe a comportamenti positivi, traccia i confini di un campo sociale da cui non si deve trasgredire; ma all'interno di quel campo i comportamenti sono leciti e non obbediscono alla legge, bensí ai valori culturali che si presume essa difenda (perché, almeno in teoria, è la legge che obbedisce alle esigenze della vita sociale e non viceversa). Vale a dire che, quando il diritto e la giurisprudenza prendono in considerazione le possibilità dell'uomo normale, in realtà esaminano delle situazioni eccezionali: e ciò che un uomo normale può fare in quelle situazioni tende a ricondurle a un livello ordinario, comune. Il confronto tra ciò che l'uomo normale può fare e ciò che il delinquente ha fatto, presuppone pertanto un altro confronto, un'altra valutazione tra due immagini: quella del comportamento abituale in una situazione ordinaria e quella del comportamento «abituale» (normale) in una situazione straordinaria – e quest'ultima, se la gamma delle possibilità dell'uomo normale dimostra di comprenderla, è ricondotta alla categoria «normale, ordinaria»: poiché in tale situazione (apparentemente straordinaria, anormale) l'uomo normale ha la possibilità di agire senza commettere infrazioni, ciò significa che anche la situazione è ordinaria. Si ha un delitto – e quindi responsabilità – quando viene riconosciuto che, nelle medesime circostanze, l'autore non ha esplicato le proprie possibilità come l'uomo normale; si ha la non-responsabilità quando viene riconosciuto che, nelle medesime circostanze, le possibilità dell'uomo normale non sarebbero sufficienti a riportare la situazione apparentemente eccezionale a una dimensione ordinaria.

Se le cose stanno cosí, se vi è una differenza tra la situazione reale dell'uomo sociale e questa immagine di ciò che egli può fare in condizioni apparentemente diverse, l'immagine dell'«uomo normale» e delle sue possibilità è il risultato di una costruzione: costruzione di una situazione oggettiva e di una soggettività in tale situazione, di un comportamento con i suoi scopi, ecc. Se l'uomo normale non è l'uomo reale, è un uomo immaginario. Ora, se si considera la «temporalità» di questa immagine, ci si rende conto di quanto segue: essa non si colloca in alcuna delle dimensioni del tempo «reale», passato, presente, futuro. Non appartiene al presente perché non s'identifica con l'uomo reale; e neppure ne deriva perché, come si è visto, nasce solo quando l'immagine del comportamento delittuoso svanisce, dato che in rapporto a quest'ultimo non è se non il punto estremo in cui non si produce piú quella manifestazione della volontà che non avrebbe dovuto prodursi. Ma se non appartiene al presente reale, in certo qual modo ne è alla base, poiché si presenta come il *paradigma del comportamento reale* (dal punto di vista di quel senso comune che guida il giudizio di responsabilità del giudice). La temporalità di tale paradigma è il tempo mitico: un'analisi delle diverse varianti che comporta, secondo i diversi modi in cui le società concepiscono l'uomo normale, mostrerebbe certamente che questo tempo, come ogni tempo mitico, è in relazione alle origini. (Cosí, è possibile dimostrare che la nozione di responsabilità civile definita nel codice civile del 1804 – in particolare all'articolo 1382, il quale specifica che ognuno deve rispondere del danno recato ad altri per sua colpa – presuppone una determinata immagine dell'individuo normale nello stato dei rapporti sociali in Francia alla fine del Settecento, e che è

in relazione al tempo originario, quello in cui si fondò la nuova società borghese nata dalla rivoluzione francese).

Si consideri adesso la temporalità dell'«avrebbe dovuto» che caratterizza la responsabilità propriamente detta. Si tratta di compensare la colpa passata mediante una sanzione: in generale, la punizione ha lo scopo di cancellare l'ingiustizia che costituisce il delitto. Il passato si misura quindi con un condizionale passato che viene paragonato a un tempo mitico. Il condizionale passato instaura un tempo ambivalente, duplice: una specie di «passato posteriore» che dice come avrebbe dovuto essere il passato per non diventare (in modo anormale) presente. Questa temporalità contiene implicitamente una valenza normativa, rivolta all'avvenire, poiché indica, insieme alla sanzione che è l'espressione della differenza tra il passato reale e quello che avrebbe dovuto essere, ciò che dovrà essere il futuro per diventare un presente normale. In altri termini, anche il diritto penale piú repressivo e piú legato al concetto di pena intimidatoria contiene in sé necessariamente un programma di rigenerazione della volontà criminale (questo è vero già per la giustizia del diritto antico, malgrado il suo carattere espiatorio e repressivo; diventa chiaro con il legalismo del diritto penale liberale di Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764) e dei suoi continuatori, nei quali la preoccupazione di prevenire il delitto anziché punirlo racchiude l'idea di una pedagogia sociale; e si rivela in pieno nei sistemi moderni di «difesa sociale»).

Pertanto, misurare la responsabilità penale con il criterio della normalità sociale presuppone il dovere sociale di conformarsi a quella normalità, e tale dovere è un progetto. Nel diritto classico è dunque implicita l'immagine di un'altra società, di una società normale che non è la società reale, che non è neppure la società ideale (nel senso in cui è postulata dall'imperativo morale) o la società utopica delle ideologie politiche. Questa immagine di una società «di diritto» si presenta come complementare e inversa a quella di una società «criminale» (quale si riscontra, per esempio, nei romanzi di Sade: essa non è l'inverso di quella della società reale, ma di quella della società normale, paradigma della società reale). Indica che cosa bisogna non fare affinché il presente possa avvicinarsi il piú possibile, in futuro, all'immagine di una società senza delitti (immagine, questa, che può risultare da una costruzione utopica, morale, religiosa, politica).

Si vede la funzione della responsabilità nel gioco combinatorio di queste temporalità: è la responsabilità a collegare l'atto delittuoso all'atto reale a venire, tramite l'atto «normale» compreso implicitamente nella sanzione. (Già nel diritto romano «la parola *respondere* implica... l'idea di farsi garante di avvenimenti futuri. Cosí suona ancora nella lingua del secolo XVII» [Villey 1977, p. 46]). Infatti, esiste uno iato tra il passato del delitto e il futuro-presente in cui la legge non dovrà essere applicata; e come cancellare, come ricostituire il tessuto sociale strappato dal delitto? La punizione vi riesce solo a condizione di ristabilire l'uguaglianza e la giustizia; ma come ristabilirla dal momento che vi è una rottura fra i tempi della colpa e quello della sanzione, e una discontinuità tra il passato dell'atto e il futuro? La «responsabilità» (grazie all'imputabilità dell'atto a un autore) assicura la continuità delle due temporalità. Se un autore può essere riconosciuto responsabile, ciò significa che è stato gettato un ponte tra il passato del delitto e l'avvenire della riparazione; perché la responsabilità implica una durata e l'iscrizione dell'atto in una memoria. Cosí, per quanto riguarda l'autore, l'articolazione è garantita dalla durata che la responsabilità conferisce all'azione delittuosa, salvandola dalla discontinuità del tempo. Se l'atto è imputabile a qualcuno, sussiste attraverso di lui; si presta in tal modo a una valutazione futura e avvia la procedura per la riparazione. La responsabilità è la condizione della giustizia.

Per quanto riguarda l'atto vero e proprio, occorre osservare prima di tutto che l'imputabilità pone il soggetto in rapporto alle sue implicazioni sociali. Anche quando la responsabilità metteva il soggetto in relazione solo con il proprio intimo, era pur sempre uno sguardo sociale quello con cui egli scrutava la coscienza. È il peso sociale dell'atto che si fa sentire nell'individuo.

Ma è piú interessante mostrare come la responsabilità, in tale prospettiva, svolga una funzione precisa nell'articolare l'immagine paradigmatica della società «normale» con l'immagine reale dei comportamenti umani.

Essere riconosciuto responsabile dal punto di vista giuridico equivale a essere riconosciuto da parte del potere pubblico come esecutore di un determinato atto. Il legame di causalità che collega l'autore all'atto comporta un aspetto essenziale che ne definisce il carattere squisitamente giuridico: da tale legame risulta la sanzione, poiché il suo riconoscimento consente l'applicazione della pena e il diritto di punire. Senza di esso non esiste atto delittuoso, né «realizzazione» del diritto. La responsabilità giuridica considera quindi sotto due versanti l'azione umana: la tiene strettamente legata al soggetto considerato come suo autore e le conferisce un aspetto sociale, pubblico, che giustifica il diritto d'ispezione che il potere pubblico rivendica sul delitto. Ma in che modo questo potere applica la giustizia per mezzo della sanzione? In che modo la sanzione riesce a riparare il danno se si tiene conto dell'eterogeneità, in un certo senso radicale, esistente tra l'atto delittuoso e ciò che ne risulta dopo l'applicazione della pena? O, piú in generale, tra lo stato della società dopo il delitto e lo stato della società dopo la sanzione? Eterogeneità dei due stati, effettivamente: com'è possibile «risarcire», «riparare», «cancellare» socialmente il crimine o il fallo? Da una parte vi è un danno, in un certo senso irreparabile, inferto alle vittime e alla società: dall'altro lato, si suppone un'equivalenza e la ricostituzione del tessuto sociale strappato.

In realtà, tutto verte su questa equivalenza e il problema si può formulare cosí: come si può stabilire un'equivalenza (tra danno e sanzione), dal momento che essa non può attingere i propri criteri nel gioco consueto degli scambi, che, per definizione, non comporta alcun delitto? Come valutare la punizione corrispondente a un dato delitto, se l'atto che lo ha provocato non ha un equivalente nel gioco normale degli scambi sociali? Al limite, come «far pagare» un crimine se non mediante un altro crimine, un delitto con un delitto identico? La giustizia si ridurrebbe allora a un regolamento di conti, un po' come quei sistemi penali che propongono una pena simmetrica – cosí Montesquieu nell'*Esprit des loix* (1748) auspica che i delitti contro la vita siano puniti con la morte, quelli

contro i costumi con la pubblica vergogna, quelli contro i beni con la sottrazione dei beni, ecc. –, ma poiché la simmetria non è l'equivalenza, la punizione concepita in tal modo, lungi dal ricostituire il tessuto sociale, non fa che aggravarne lo squilibrio.

Se la giustizia può stabilire delle equivalenze, è perché confronta l'atto delittuoso all'atto dell'uomo medio normale, valendosi dell'immagine implicita nel senso comune della «società di diritto» in cui vige la normalità. Poiché questa è il paradigma della società reale, ottenuto a partire dalla negazione dell'immagine di una società delittuosa, l'atto del delinquente si pone in uno spazio compreso tra quest'immagine e quella dell'assenza totale di conflitti (immagine paradigmatica): si pone quindi contemporaneamente all'esterno della società reale (perché è «antisociale»), e all'interno di essa (perché ricade sotto la legge); appartiene ancora alla società reale e già alla «società criminale». Questo status ambiguo del delitto e del crimine è possibile – cioè pensabile – solo perché tra le due sfere opera la «società normale» che li articola. In effetti, se la responsabilità penale deve essere misurata con la possibilità di non manifestare la volontà che ha guidato l'atto, è nello spazio delle possibilità medie che occorre collocare la gamma dei gradi di responsabilità secondo i quali viene fissata la sanzione. Immediatamente diventa possibile valutare il contenuto (sanzionabile) dell'atto secondo criteri corrispondenti ai valori sociali: la sanzione si trasforma cosí in primo luogo nella funzione delle possibilità medie di non commettere l'infrazione; se tali possibilità superano un certo limite, vi è la non-responsabilità.

Si deve quindi respingere l'idea di un castigo che, di per sé, avrebbe solo uno scopo compensativo: l'equivalenza che è alla base della valutazione della pena non confronta solo dei fatti materiali ad altri fatti, ma essenzialmente un atto ad altri atti. Ecco perché la sanzione, al di là della compensazione, mira a reintegrare il delinquente nella società. Nella misura in cui ogni punizione contiene l'idea che il soggetto è colpevole perché non ha fatto ciò che l'uomo normale avrebbe potuto fare nelle medesime circostanze, essa tende a identificarlo con l'uomo normale medio: avrebbe dovuto farlo perché ciò era nelle sue possibilità.

È il senso comune a stabilizzare l'oscillazione tra la misura della possibilità dell'uomo normale, la natura del fatto materiale e la sanzione da applicare. (È pertanto possibile, in teoria, eseguire un'analisi delle sentenze giuridiche emanate in un determinato luogo e momento, e ottenere la configurazione generale della *giustizia reale* che vi era praticata: basta trovare la funzione che articola la pena a quel gioco di equilibrio tra le possibilità medie e l'elemento materiale dell'atto delittuoso).

Meglio di qualsiasi altra trattazione, questo passo di Elie Daskalakis riassume la funzione del senso comune nel giudizio di responsabilità secondo il diritto classico: «La norma penale dichiara solennemente ciò che, secondo il giudizio della società, costituisce il valore sociale la cui violazione turba la pace sociale. Tale regola non è affatto inderogabile; dichiara solamente che quelli sono i valori sociali e che il loro rispetto assicura la pace sociale. Questa regola opera quindi su due piani; da una parte, costituisce il criterio dell'antisocialità dell'attività dichiarando antisociale qualsiasi attività diretta contro i valori sociali e, dall'altra, costituisce il criterio della subsocialità dell'individuo che agisce antisocialmente, dichiarandolo non integrato nel sistema dei valori sociali protetti, perché non ha tenuto il comportamento del membro normale della società. In quanto la regola della punizione ha lo scopo di assicurare la pace sociale tra i membri della società, è naturale che essa si accontenti di un comportamento che raggiunga il livello di possibilità del membro sociale medio. Pertanto, la sanzione si giustifica con il fine stesso della regola penale, quello cioè di assicurare la pace sociale turbata dall'attività antisociale, e tende non a riequilibrare la colpa, bensí ad eliminare il focolaio del turbamento sociale, vale a dire della subsocialità dell'autore, mediante la sua risocializzazione» [1975, p. 40].

2. *La decadenza del senso comune.*

La meccanica della giustizia retributiva, quale veniva applicata nel diritto classico, non teneva alcun conto della personalità di chi compiva l'azione. Il codice penale francese del 1791, basandosi sul concetto di un libero arbitrio uguale in tutti gli uomini, quindi di un uguale grado di responsabilità quali che fossero le diversità individuali, puniva le infrazioni secondo determinate categorie, facendo corrispondere a ogni categoria (che copriva numerose specie) un'unica sanzione: tutti i furti, per esempio, erano puniti con lo stesso periodo di carcerazione. Il codice penale del 1810 non ha migliorato di molto il problema dell'assegnazione della pena secondo l'individuo. Si dovette aspettare la metà del secolo XIX perché il prendere in considerazione la personalità del reo diventasse un elemento determinante della giustizia penale.

Le critiche che un giurista moderno, Aussel [1969], ha rivolto al codice penale del 1810 sono assai significative per il tipo di indirizzo assunto in seguito: è un codice dei delitti e delle pene, che contiene scale di penalità complicate, e che presuppone un individuo astratto, staccato da ogni riferimento temporale, spaziale, familiare, nazionale; esso riproduce l'*homo politicus* dei filosofi del Settecento e degli uomini della rivoluzione, o l'*homo oeconomicus* dei fisiocratici. Secondo Aussel si tratta di un «monumento all'individualismo» perché la funzione dello Stato si limita al mantenimento dell'ordine, e i valori dei quali il codice penale garantisce la protezione sono puramente individuali e astratti, ecc. Da centocinquant'anni ormai, contro questa concezione del delinquente si schierano tutte le dottrine penali, mediante correnti che sovente divergono, e addirittura si oppongono, ma il cui orientamento generale si precisa sempre piú. La scuola neoclassica, la scuola penalistica, il positivismo, la scuola della difesa sociale propongono dottrine che, al di là delle differenze, concordano in una medesima opposizione al diritto classico e in una stessa esigenza: tener conto della specificità del criminale. Le divergenze riguardano il modo di considerare tale specificità.

Cosí, malgrado differenze profonde, si possono vedere nei positivisti (Lombroso, Garofalo, Ferri) i precursori della cosiddetta nuova Difesa sociale. Verso la fine del secolo XIX, insistendo sui determinismi d'ogni genere che predispongono al delitto, arrivando al punto di tracciare dei ritratti-tipo dell'«uomo crimi-

nale», essi si pongono in netto contrasto con l'idea di un libero arbitrio che presiede all'atto delittuoso; l'uomo criminale non è libero, è condizionato: occorre quindi prendere in considerazione i determinismi che agiscono in lui in quanto fattori criminogeni.

In tal modo si è allargata l'idea di responsabilità penale e si è affermata la necessità di esaminare la personalità del delinquente. L'apporto della criminologia e delle scienze umane alla giustizia penale diventa fondamentale. Nuove nozioni sono entrate ad arricchire il vocabolario del diritto penale, dallo «stato pericoloso» o «pericolosità» dei positivisti fino alla «capacità penale» dei «neoclassici nuovi» [Merle e Vitu 1967, p. 469], e all'«antisocialità» della «Difesa sociale nuova» a cui sono legati i nomi di Filippo Gramatica – che fonda nel 1945 a Genova il Centro studi di difesa sociale – in Italia, e di Marc Ancel – che pubblica nel 1959 uno scritto di grande risonanza, *La défense sociale nouvelle* – in Francia.

Piú di qualsiasi altra, quest'ultima corrente teorica rivela tendenze piú o meno nascoste che attraversano il tessuto sociale odierno. Perché il concetto di responsabilità, e in particolare quello di responsabilità penale, sono il perno di una articolazione fondamentale tra l'individuo e la società, ogni modifica del modo di intenderlo indica una modifica in tale rapporto. È interessante osservare, attraverso le attuali trasformazioni del concetto, ciò che esse preannunziano per l'avvenire.

Nei vari sistemi che precedettero la scuola della difesa sociale, la valutazione della pena dipendeva dalla valutazione degli elementi materiali e oggettivi dell'atto come pure dal fattore soggettivo. Sia che ogni sistema insista piú sull'uno o sull'altro aspetto, sia che tenti di combinarli insieme, si può dire che fu sempre una concezione legalista a prevalere nell'opinione dei giudici: la pena era fissata dalla legge, e questo certo limitava l'arbitrio dei magistrati, ma d'altra parte ostacolava la possibilità che essi prestassero pienamente attenzione, quando stabilivano la pena, alla personalità concreta dell'individuo. I tentativi in questo senso, anche quelli che raccomandavano misure preventive e di sicurezza piuttosto che una esclusiva punizione, cozzavano contro un ostacolo fondamentale, insito sia nella dottrina sia nella giurisprudenza: le idee di difesa sociale (del positivismo), di individualizzazione delle pene, di sanzioni correttive, miravano in realtà a difendere la società; in ultima analisi, si trattava sempre di adattare la concezione repressiva del castigo, mantenendone però il principio. Ma tutte queste idee andavano contro la giustizia repressiva e retributiva: poiché la criminologia e le scienze umane scoprivano un numero sempre maggiore di fattori criminogeni estranei alla libera volontà del soggetto, non si doveva forse spostare il senso della nozione classica di responsabilità penale? Ma come attuare tale spostamento senza cadere nell'eccesso opposto, quello di privare di riconoscimento giuridico la valutazione della responsabilità individuale il che aggiungerebbe il pericolo dell'arbitrio dei giudici alla mancanza di una base teorica della nozione stessa? Infatti la tendenza a individualizzare le pene grazie alla sempre maggiore attenzione prestata alla personalità del delinquente si fondava su premesse in contraddizione con i principî del diritto penale: in nome dei diritti della soggettività (e quindi della libertà personale) si rendeva colpevole la società, che pure

le leggi hanno il compito di proteggere. S'imponeva una soluzione: occorreva far sí che l'individuo (il delinquente come il non-delinquente) fosse responsabile di tutta quanta la società. Ecco l'idea su cui si basa la corrente della nuova difesa sociale.

È noto che i suoi fautori preannunziano misure rivoluzionarie, partendo da certe concezioni che riguardano la responsabilità penale. Le sanzioni non devono avere lo scopo di reprimere, ma in primo luogo di risocializzare il delinquente; per realizzare quest'obiettivo fino in fondo, bisogna concepire una «pedagogia della responsabilità», la quale terrà conto della psicologia e della condizione sociale del delinquente, non per erogare una pena repressiva commisurata al grado di responsabilità del singolo, ma per studiare le misure utili a rieducare il criminale: «Si deve intraprendere una vera pedagogia della responsabilità fin dal primo giorno del processo, e perseguirla durante tutto il corso del procedimento, in modo che, al termine del trattamento penitenziario, essa faccia nascere nel delinquente la nozione di un dovere dell'uomo verso i suoi simili, e di un comportamento in rapporto con il sentimento intimo e collettivo della responsabilità» [Merle e Vitu 1967, p. 38]. Si pone l'accento sulla responsabilità sociale del delinquente; come afferma Ancel [1959], la Difesa sociale nuova sostiene che la sanzione, individualizzata il piú possibile, debba essere scelta e pronunziata da un giudice conscio della propria azione sociale. Allo stesso modo si afferma che l'esatta presa di coscienza della sua responsabilità da parte del delinquente sia l'inizio e il movente di un processo di risocializzazione che, in numerosi casi – ma non in maniera uniforme, e, del resto, non necessariamente –, dovrà fondarsi su una vera «pedagogia della responsabilità».

Le conseguenze pratiche di questa dottrina hanno comportato una nuova procedura penale, soprattutto con il «taglio» del processo in due momenti, il primo in cui si decide l'imputabilità del soggetto, il secondo in cui l'esame medico-psico-sociale della sua personalità e del suo caso predispone le misure definitive da applicare per risocializzarlo; pertanto si raccomandano misure condizionali o di sorveglianza prima di stabilire, alla fine del secondo momento, e con l'aiuto degli esperti scientifici, il modo migliore per reintegrare il delinquente nella società. Questa divisione del processo è comune in Francia nei processi ai minori.

Sul piano dottrinale, è evidente come la Difesa sociale nuova produca uno sconvolgimento nel concetto di responsabilità penale: la pena non è piú misurata secondo una responsabilità personale che, in fin dei conti, si fonderebbe sulla nozione di libera volontà individuale; piuttosto, inserendo la sanzione nella pedagogia della responsabilità, nell'apprendimento del dovere sociale, la nozione di castigo si integra in quella di risocializzazione. La punizione diventa apprendimento della responsabilità sociale; la Difesa sociale nuova annunzia la fine del castigo intimidatorio e repressivo: ma la sua teoria non introduce forse nel diritto penale una forma assai piú pericolosa di repressione con il ricondizionamento totale del delinquente? Non lascia via libera allo Stato nel definire qual è il comportamento «antisociale» o l'atto «disadattato»? La nozione di delitto – che certi seguaci della nuova dottrina vorrebbero abolire – non rischia in tal modo di estendersi pericolosamente? Per quanto si dica che non esiste piú punizione

né responsabilità individuale, resta il fatto che, in una società in cui l'individuo è sotto il dominio delle costrizioni sociopolitiche, i concetti di risocializzazione e di riadattamento all'ordine sociale possono significare solo l'apprendimento dell'obbedienza e della sottomissione.

Non era certo questa l'intenzione con cui era sorta la Difesa sociale nuova: per risolvere la contraddizione i suoi fondatori – e in particolare Gramatica – giunsero a preconizzare un cambiamento della stessa società. Non vi sarà una vera politica penale di risocializzazione del delinquente se non la si fonda su una politica generale d'intervento sulla famiglia, l'educazione, l'economia, la salute. Insomma, alla responsabilità verso la società che si chiede al colpevole di assumersi alla fine dell'apprendimento, deve corrispondere una responsabilità da parte della società verso il delinquente e l'individuo in generale. Nel programma della Difesa sociale nuova è insita l'idea di una riforma globale della società: come dice Gramatica, la difesa sociale è la difesa della società ricondotta all'individuo; questi sarà responsabile nei confronti di tutti, come ogni membro della società (colpevole o no) è responsabile nei suoi confronti.

Si tratta di un progetto grandioso. Al di là dei mutamenti concreti che introduce nel diritto penale, viene in tal modo abbozzata tutta una prospettiva nuova sui rapporti tra individuo e società; e soprattutto grazie a una nuova configurazione della società «di diritto» in cui si colloca l'immagine del comportamento normale, termine di misura della responsabilità del criminale.

Che avviene, in questa prospettiva, del confronto tra ciò che il delinquente avrebbe dovuto fare e ciò che l'uomo medio poteva fare? Se si considerano esclusivamente le implicazioni teoriche della dottrina, una constatazione è d'obbligo: non vi è piú criterio della normalità poiché le possibilità dell'uomo normale sono anch'esse in pieno sconvolgimento, in piena rivalutazione per via del cambiamento che si attua nella società globale durante il periodo in cui il delinquente compie l'apprendimento della responsabilità sociale. Ciò che l'uomo comune avrebbe potuto fare nelle medesime circostanze, si misura, in fin dei conti, proprio con le possibilità di quell'apprendimento, con le probabilità di successo della risocializzazione. In pratica è questo che diventa il criterio della normalità: le possibilità che l'apprendimento della responsabilità sociale da parte del delinquente abbia successo dànno la misura di ciò che *potrà e dovrà fare* in futuro ogni individuo normale. L'ordine di subordinazione si trova quindi capovolto in rapporto al diritto classico: quello che l'uomo comune *dovrà* fare sarà accertato dal confronto con quello che il delinquente *potrà* fare una volta interiorizzato il suo dovere verso la società. È la rieducazione di tutta la società che dovrà prendere a modello d'ora in poi, la risocializzazione dei delinquenti.

Ciò non è ancora palese in Occidente e corrisponde piuttosto alla realtà di certi stati totalitari: là dove la sanzione è accompagnata dalla rieducazione ideologica e quest'ultima, destinata a mondare di tutti i vizi del «mondo borghese», s'identifica con l'apprendimento di nuovi valori che conducono alla reintegrazione dell'individuo nella società. La rieducazione penale assume cosí valore di modello implicito per quello che la società tutta intera deve attuare combattendo il «vecchio mondo».

La differenza tra questa pratica penale totalitaria e ciò che annunziano (certo a loro insaputa) le nuove dottrine europee risiede nell'istanza preposta a valutare le possibilità di rieducazione dei delinquenti: nel primo caso è lo Stato con i suoi funzionari ideologici, nel secondo caso è, in teoria, la scienza con i suoi esperti di criminologia. Infatti il paradosso della Difesa sociale nuova è il voler inculcare la responsabilità sociale nei confronti (e in nome) dei valori di una società che si rivelano sempre meno sicuri, sempre meno «credibili». Rappresenta lo sforzo di ridare alla giustizia dei punti di riferimento stabili, in una società instabile che non ha piú in sé ben chiare le norme delle proprie possibilità; ma non potendo fare riferimento a possibilità di un uomo normale medio che dovrebbero essere facilmente afferrabili mediante il senso comune e dovrebbero costituire ancora una volta il modello della pedagogia della responsabilità, quest'ultima si potrà realizzare solo diventando pedagogia di tutta la società. Poiché la dissoluzione del senso comune si va accentuando, a poco a poco esso viene sostituito da discipline adeguate: le scienze umane.

Sebbene i penalisti cerchino di delimitare con cura i rispettivi campi delle scienze umane e del diritto penale [Pinatel 1969], è certo che l'influenza delle prime sulle decisioni dei giudici non può che aumentare di continuo – in particolare nella prospettiva della Difesa sociale nuova – e tende a diventare l'istanza che fissa i criteri della normalità dei comportamenti sociali. Il pericolo deriva dal fatto che la funzione, in teoria puramente consultiva, degli esperti slitta impercettibilmente verso quella di consiglieri e poi di giudici. Senza dubbio, in quanto la sanzione presuppone tutta una serie di disposizioni che mirano alla rieducazione psicosociale del delinquente, la funzione meno nociva dell'esperto non può ormai essere altro che normativa, in una materia in cui i giudici sono, per la loro stessa formazione, necessariamente incompetenti. E poiché il rivolgimento delle mentalità e dei valori sui quali si fonda la società si fa sempre piú rapido, è sempre piú difficile per un giudice valutare i risultati e le indicazioni della scienza secondo il metro di un senso comune instabile ed evanescente. Le scienze umane tendono quindi a prendere il posto del senso comune e a presentare la nuova immagine dell'«uomo normale». Nel campo del diritto penale vengono a poco a poco investite dell'autorità dello Stato, che si avvale di questo mezzo per affermarsi pur dividendosi e mascherandosi. Vi è in ciò un indizio di un'evoluzione della realtà che sarebbe pericoloso sottovalutare. [J. G.].

Ancel, M.
[1959] *La défense sociale nouvelle*, in J. Léauté (a cura di), *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale (Strasbourg, 12-21 janvier)*, Dalloz, Paris 1961, pp. 355-70.

Aussel, J.-M.
1969 *Le concept de responsabilité pénale*, in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie. Colloque de science criminelle. Toulouse 30-31 janvier - 1er février*, Dalloz, Paris, pp. 19-35.

Daskalakis, E.
1975 *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Presses Universitaires de France, Paris.

Giuliani, A.
1977 *Imputation et justification*, in «Archives de philosophie du droit», XXII, pp. 85-96.

Henriot, J.
1977 *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot «responsabilité»*, in «Archives de philosophie du droit», XXII, pp. 59-62.

Laingui, A.
1970 *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIe-XVIIIe siècle)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.

Merle, R., e Vitu, A.
1967 *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la législation criminelle. Droit pénal général. Procédure pénale*, Cujas, Paris.

Pinatel, J.
1969 *Les fondements anthropologiques et criminologiques du droit pénal*, in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie. Colloque de science criminelle. Toulouse 30-31 janvier - 1er février*, Dalloz, Paris, pp. 99-115.

Villey, M.
1977 *Esquisse historique sur le mot responsable*, in «Archives de philosophie du droit», XXII, pp. 45-58.

Parlare di responsabilità significa porsi di fronte a un nodo cruciale delle interrelazioni tra la filosofia (cfr. **filosofia/filosofie**), e in particolare l'**etica** e la **metafisica**, le scienze dell'uomo (cfr. **anthropos**, **homo**, **uomo**, **scienza**) e il **diritto**. L'idea che, a condizione di essere normale (cfr. **normale/anormale**), un individuo (cfr. **individualità biologica**) sia responsabile di ogni atto da lui commesso e che, se quest'atto è delittuoso, esso comporti una pena commisurata alla colpa (cfr. **angoscia/colpa**), e non per esempio una cura (cfr. **cura/normalizzazione**), è alla base dell'intero sistema della **giustizia** (cfr. anche **controllo sociale**, **norma**, **stato**). Ma per poter essere ritenuto responsabile di un atto un individuo deve anzitutto essere riconosciuto libero (cfr. **libertà**, **libertà/necessità**). Si suppone cioè che l'atto in questione non sia il risultato di una causa (cfr. **causa/effetto**) o di una determinazione (cfr. **determinato/indeterminato**) totalmente indipendenti dal soggetto, che gli sia insomma possibile (cfr. **possibilità/necessità**) agire diversamente. Tutti presupposti, questi, che sono ampiamente da discutere.